



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

1233/2024/1

CHAPO GASTON FEDERICO c/ OSDE S/MEDIDA CAUTELAR

Resistencia, 12 de septiembre de 2024.- MM

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: "INC. DE APELACION E/A CHAPO GASTÓN FEDERICO c/ OSDE S/MEDIDA CAUTELAR" EXPTE N° FRE 1233/2024/1/CA1, provenientes del Juzgado Federal N° 1 de Resistencia.

Y CONSIDERANDO:

I. Atento la excusación planteada por la Dra. Rocío Alcalá, téngasela por separada para intervenir en esta causa, en virtud de lo dispuesto por el art. 30 del CPCCN.-

II. Arriban estos autos a la Alzada en virtud al recurso de apelación deducido en fecha 11/04/2024 por la demandada -OSDE- contra la resolución de la anterior instancia de fecha 08/04/2024, que hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó a la demandada a que en forma inmediata y sin obstáculo administrativo alguno le otorgue al Sr. Gastón Federico Chapo la cobertura total de la prestación quirúrgica indicada, consistente en la cirugía de órbita y tejido periocular con el especialista Dr. Martín Devoto y su equipo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y donde indique dicho profesional, conforme le fuera prescripto por sus médicos tratantes.

III. La demandada funda el recurso impetrado con argumentos que, sintetizados, son los siguientes.

- Se agravia del decisorio, en primer término, por considerar que la medida precautoria en crisis implica un adelantamiento de la jurisdicción, desconociendo el principio de congruencia y de excepcionalidad al otorgar la totalidad del objeto de la acción principal.

- Sostiene la inexistencia de los presupuestos necesarios para la procedencia de la cautelar solicitada, en tanto no surge acreditado el peligro en la demora. Al respecto destaca que la cirugía requerida no es urgente ya que se trata de una cirugía estética. Asimismo, puntualiza que no se encuentra acreditado que la visión del actor empeoraría de no llevarse a cabo la misma.



- En punto a la verosimilitud del derecho, aduce que el requirente no ha descartado los profesionales que por cartilla tiene a su disposición para la realización de la cirugía objeto de autos, teniendo cobertura total al 100% a través de prestadores contratados en la zona cercana a su residencia, amén de que la cirugía requerida no requiere tecnología especial que no haya en la zona.
- Adicionalmente destaca la ausencia de negativa arbitraria o silencio de su parte.
- Por último, efectúa reserva del Caso Federal y culmina con petitorio de estilo.

Dicho recurso fue concedido en relación y con efecto devolutivo en fecha 16/04/2024.

Corrido el pertinente traslado, los agravios fueron replicados por el actor con argumentos a los que remitimos en honor a la brevedad.

Elevados los autos a este Tribunal, en fecha 22/04/2024 se llamó a Autos para resolver.

IV.- Analizadas las constancias de la causa en función de la crítica precedentemente sintetizada, adelantamos nuestra decisión de confirmar el resolutorio en crisis por los motivos que pasamos a exponer.

Inicialmente, en relación a la alegada coincidencia entre el objeto de la medida cautelar y la pretensión de fondo, procede destacar que no puede descartarse el acogimiento de la medida cautelar pedida so peligro de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, in re "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros", C. 2348.XXXII, del 7-8-97 —DJ, 1997-3-591—).

Y ello es así, pues es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se adopta convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar –según el grado de verosimilitud- los intereses del actor fundados en un derecho verosímil y su derecho a la salud y el derecho constitucional de defensa del demandado (idem).

En tal sentido cabe señalar que el dictado de una medida cautelar no importa el anticipo de una eventual sentencia favorable, la verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, resultando por lo demás improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad [CNCont. Adm. Fed., Sala V, in re “Correo Argentino S.A. c/ Estado Nacional PEN s/ Medida Cautelar [autónoma]”, del 16/03/01; con cita del precedente CN.Civ. Com. Fed., Sala I, in re “Turisur S.A. c/ Estado Nacional –Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable – Administración de Parques Nacionales s/ Nulidad de acto administrativo”, del 24/02/2000].

En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal ha sentenciado que: “De consuno con esta línea argumental –y fiel al axioma que predica que el procedimiento debe operar en función del derecho y no el derecho en función del procedimiento- va de suyo que no constituye un argumento serio para rechazar la medida cautelar, que su despacho importa “entrar de lleno en la cuestión de fondo”, no sólo porque –como es sabido- en las medidas cautelares sólo se requiere para su procedencia la ‘verosimilitud’ y no la ‘certeza’ del derecho, sino porque los argumentos que esgrimen los actores al respecto son tan convincentes, la ley es tan clara y la jurisprudencia tan pacífica, que se convierte en un ineludible imperativo de justicia restituirle –bien que en forma precaria dada la etapa temprana en que se halla el proceso- el goce y ejercicio provisorio del derecho disputado, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva sobre la cuestión de fondo (cf. C.P.C.C.N. art. 230)” (Cfr. “Camacho Acosta Máximo v. Grafi Graf S.R.L. y otro”, La Ley 1995-E- 652, E.D. 176-72, con nota de Augusto Mario Morello: “La tutela anticipada en la Corte Suprema”).

Así no corresponde extremar el rigor de los razonamientos al apreciar los recaudos que habilitarían la concesión de la tutela anticipada, cuando se encuentra en juego la dignidad y la salud de las personas.



Esta pauta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar se entronca con el principio -recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- conforme al cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón" (ver García de Enterría, Eduardo, La Batalla por las Medidas Cautelares, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121).

Por ende, la procedencia de dichas medidas se halla condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), que exige evidenciar que la tutela jurídica que la actora aguarda de la sentencia definitiva pueda llegar a resultar inútil por el transcurso del tiempo, configurándose un daño irreparable.

En este orden de ideas, cabe observar que medidas precautorias como la aquí pretendida "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: 320:1633).

Esta pauta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar se entronca con el principio -recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- conforme al cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón" (ver García de Enterría, Eduardo, La Batalla por las Medidas Cautelares, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121).

Allí radica el peligro, que junto a una indispensable y aun mínima apariencia de buen derecho, justifican la anticipación material de tutela judicial que implican los pronunciamientos cautelares.

Se recuerda, la Corte Suprema de la Nación ha señalado en reiteradas oportunidades que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (conf. Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30, 532; 323:1877 y 324:2042, entre otros).





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Dentro del marco precedentemente detallado, cabe precisar que ambos requisitos se hallan íntimamente vinculados entre sí de manera tal que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa (C.S.J.N. "Bulacio Malmierca Juan c/ B.N.A. s/ medida cautelar", del 24/08/93).

Además de lo dicho es de destacar que cuando se encuentran involucradas cuestiones relacionadas al derecho de salud, derivadas del derecho a la vida, las mismas poseen jerarquía constitucional, reconocidas en diferentes tratados internacionales en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En tales términos, la incorporación a nuestra Constitución no limita la protección del derecho a la salud a la abstención de actos que puedan producir un daño, sino que exige prestaciones de dar y hacer.

V.- Sentado lo expuesto, para evaluar en el caso si se dan los recaudos de viabilidad de la medida, cabe señalar inicialmente que el Sr. Gastón Federico Chapo es asociado a la empresa de medicina prepaga - OSDE-, bajo Nº 618908365001, plan 2 410G, lo cual no ha sido controvertido en autos.

Según surge de la Historia Clínica suscripta por la Dra. M. Ximena González -médica oftalmóloga del Hospital Italiano-, el requirente ha sido sometido (el día 18/01/2024) a una cirugía de estrabismo binocular. La aludida profesional indicó en fecha 19/02/2024, que el paciente se hallaba en condiciones de realizar corrección quirúrgica de órbita y tejido periorcular, recomendando a tal fin al Dr. Martín Devoto.

En idéntico sentido el Dr. Gustavo Rolfi -médico oftalmólogo local-, (según constancias de fecha 19 y 27 de marzo de 2024), consignó que el requirente "sufrió un traumatismo facial interesando órbita derecha con fractura de la misma, por lo cual fue sometido a cirugía reconstructiva". Destaca que el Sr. Chapo consulta por fuerte dolor en el ojo derecho y dificultad visual. Aprecia que la molestia responde a que fue sometido a cirugía reconstructiva del párpado, cirugía de órbita y de tejido periorcular de alta complejidad, lo que dificulta la mecánica del parpadeo y disminuye la funcionalidad visual.



Frente a tal cuadro, recomendó -en forma urgente- la corrección quirúrgica de órbita, reconstrucción de párpado y tejido periocular a fin de evitar la disminución de la capacidad visual y/o afectación de los tejidos oculares. Por último, al igual que la Dra. González, recomendó que la intervención sea llevada a cabo por el Dr. Martín Devoto y su equipo, en la ciudad de Buenos Aires.

Se constata también que en fecha 13/03/2024 y 18/03/2024 solicitó a OSDE la cobertura de la cirugía indicada. Al no haber obtenido respuesta, el 22/03/2024 remitió Carta Documento N° 57500053 con el objeto de intimar a la Empresa.

Al continuar el silencio por parte de OSDE, el actor promovió la presente acción cautelar.

De acuerdo a las constancias de autos, se encuentra comprobada tanto la dolencia que afecta al actor, como la necesidad de someterse a una intervención quirúrgica.

Ahora bien, la litis quedó trabada en torno al prestador que debía efectuar la cirugía requerida, señalando la recurrente que -tal como fuera informado al socio- cuenta con profesionales idóneos y contratados para el plan elegido por el actor, dentro de la zona de su residencia y cercanas a ella, disponibles a través de la cartilla de prestadores. Por lo cual -afirmarse le hizo saber un listado de aquellos prestadores de reconocida trayectoria a los que podría acceder para la prestación objeto de autos, tales como los Dres. Luis Maximiliano Fracchia, Paula Cecilia Holzman y Alfredo Arolfo, entre otros.

Asimismo explica que, de optar por profesionales y/o instituciones ajenas a la demandada para la realización del procedimiento de "cirugía órbita y tejido periocular" solicitado, es posible obtener cobertura por sistema de reintegros tomando como base los montos y topes establecidos para el plan superador de cobertura contemplado para dicha práctica el que actualmente asciende a la suma única y total de \$ 1.733.720,35 PESOS UN MILLON SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTE con 35/100 CTVOS.

Ahora bien, en una apreciación que responde al estado inicial del proceso —propio de esta medida precautoria— no resulta antojadiza la pretensión del requirente de obtener la cobertura médica de la cirugía indicada con el especialista recomendado -Dr. Martín Devoto-.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Al respecto, cabe aclarar que no se nos escapa que -como regla- los afiliados a una determinada Obra Social deben ser atendidos por los prestadores con quienes aquéllas tienen convenio, pero tal regla debe admitir morigeración en ciertas circunstancias o con determinadas condiciones. Ello en tanto que siempre debe prevalecer el derecho a la preservación de la salud a cuya tutela se halla comprometido nuestro país con los caracteres señalados, inclusive internacionalmente, tal como quedara puntualizado más arriba.

Así, la elección de un médico fuera de la cartilla en este caso particular tiene su antecedente en la recomendación efectuada por el Dr. Rolfi (en coincidencia con la Dra. González) en función de la complejidad y proximidad de los tejidos con el órgano ocular (constancia médica de fecha 27/03/2024).

A mayor abundamiento, la Suprema Corte Nacional se ha pronunciado afirmando que, si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga posee carácter comercial, no debe desatenderse que ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquiriendo un cúmulo de compromisos que exceden el mero plano negocial (CSJN, 13.3.01 "Hospital Británico de Buenos Aires C/ M.S. Y A.S."), lo cual no implica más que abogar por la protección y conservación de las relaciones privadas en la esfera de la buena fe (CNCIV, SALA K, 19.9.02, "P. DE M.I.J.M. C/ Hospital Alemán", ID. Sala L, 16.10.03, "Lipski, Elena C/ Minerva"). Es decir, la cobertura debe ser íntegra y teniendo en cuenta las particularidades de los pacientes, afirmando que quien pertenece a un sistema "cerrado" de prestaciones -que como tal debe cubrir plena y satisfactoriamente las necesidades del usuario- tiene derecho al reintegro de lo gastado, aunque no sea propio del sistema (CNCIV, Sala K, 21.02.96, "Giménez de Rueda, ADELA C/ Asociación Civil del Hospital Alemán y Otro"), lo que resulta de estricta aplicación respecto de la Obra Social demandada.

Sentado lo que precede, en punto al embate esgrimido respecto a no tratarse de una práctica quirúrgica urgente en razón de ser estética y no haberse acreditado que la visión del actor podría empeorar de no llevarse a cabo la misma, resulta dable precisar que ello pierde virtualidad frente a las constancias médicas acompañadas, puntualmente aquella suscripta por el Dr. Rolfi en fecha 27/3/2024 en la que recomienda, en forma urgente, la



corrección quirúrgica a fin de evitar la disminución de la capacidad visual y/o afectación de los tejidos oculares.

Conforme la normativa aludida, resulta claro que en tanto lo consientan las constancias de la causa, -como es el caso- la protección cautelar del derecho a la salud debe otorgarse con amplitud, precisamente para evitar los daños o su agravamiento (conf. Rev. El Derecho, Tomo 201, p. 36; asimismo, CARRANZA TORRES, Luis R., Derecho a la salud y medidas cautelares, en Rev. El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, ejemplar del 20/02/2004, citado por Cam. Fed. Apel. La Plata, Sala III, "B., R. P. c/ OSDE s/ Amparo" -Incidente de Apelación-, Expte. N° 18.999/13).

Por lo hasta aquí expuesto, entendemos que no existe mérito para revocar el decisorio apelado, máxime si consideramos que con el dictado de la cautelar se intenta evitar las consecuencias perjudiciales que tendría su satisfacción sólo al cabo del desarrollo del proceso de fondo, circunstancia esta que permite concluir en que en el caso concurre el requisito del peligro en la demora, dada las razones apuntadas supra.

En efecto, el interés específico de la tutela cautelar, que justifica la confirmación de la medida dictada, surge claramente de estos autos, toda vez que su derecho resulta verosímil y la demora implicaría un riesgo que no debe correrse en relación con la patología descrita padecida y la intervención quirúrgica recomendada por los especialistas en oftalmología tratantes.

Acreditados los extremos señalados corresponde confirmar la resolución de fecha 08/04/2024.

VI.- Finalmente, atendiendo a que la suerte de estos incidentes se encuentra íntimamente ligada a la acción de fondo, al resolverse ésta recién se sabrá con certeza si la cautelar se solicitó o no con derecho. Por ello se difiere la imposición de costas y regulación de honorarios de esta Alzada para cuando concluya el principal (esta Cámara Fallos T XXVI F° 11.903; T. XXVIII F° 13.513, T. XLVIII F° 22.654, entre otros).

Por los fundamentos expuestos, por mayoría, SE RESUELVE:

I.- TENER por excusada a la Dra. Rocío Alcalá para intervenir en la presente causa.

II.- RECHAZAR el recurso de apelación incoado en fecha 11/04/2024 y, en consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar decretada por el magistrado de la anterior instancia.







Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

III.- DIFERIR la imposición de costas y la regulación de honorarios para la oportunidad señalada en los Considerandos que anteceden.

IV.- COMUNÍQUESE al Centro de Información Judicial, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conforme Acordada N° 5/2019 de ese Tribunal).

V.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NOTA: De haberse suscripto por los Sres. Jueces de Cámara que constituyen la mayoría absoluta del Tribunal (art.26 Dto. Ley 1285/58 y art.109 del Regl. Just. Nac.) en forma electrónica (arts. 2 y 3 Ac. 12/2020 CSJN). CONSTE.- SECRETARÍA CIVIL N° 1, 12 de septiembre de 2024.-

---

Fecha de firma: 12/09/2024

Firmado por: PATRICIA BEATRIZ GARCIA, JUEZA SUBROGANTE

Firmado por: ENRIQUE JORGE BOSCH, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO DAVID E CHARPIN, SECRETARIO DE CAMARA



#38856188#426809815#20240912094724520