

Bahía Blanca, **10** de noviembre de 2023.

VISTOS: El expediente N^o **FBB 9573/2023/1/CA1**, caratulado: “*Inc apelación... en autos: ‘LUNA, Andrea Carina c/ IOSFA s/Amparo Ley 16.986’*”, originario del Juzgado Federal de N^o **1** de la sede, puesto al acuerdo en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 55/59 contra la resolución de fs. 46/50 (foliatura conforme SGJ Lex 100).

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

1ro.) El Juez de grado resolvió –en lo que aquí estrictamente interesa– hacer lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada por Andrea Carina Luna, ordenando al Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA), la cobertura, entre otras prestaciones, de hidroterapia dos veces por semana; bajo caución juratoria de la amparista.

2do.) Contra dicho decisorio, interpuso recurso de apelación el apoderado de la demandada, solicitando se revoque la resolución por resultar arbitraria, injustificada y por no ajustarse a derecho, toda vez que no ha quedado demostrado que su mandante haya incumplido con las prestaciones a las que se encuentra obligado (fs. 55/59).

Sostuvo los siguientes agravios: **a)** Con relación a la verosimilitud en el derecho, sostiene que no basta para su procedencia la sola acreditación de afiliada y la necesidad de recibir la prestación que requiere, por lo que en autos no se encuentra acreditado. Agrega que no existe conducta omisiva por parte de su mandante que lesione en forma actual e inminente el derecho a la salud de la amparista.

Indica que, la hidroterapia no se encuentra contemplada como una prestación de carácter obligatorio para los agentes de salud, y que la actora no presentó la documental respaldatoria que demuestre ni médica ni científicamente posibles avances respecto a esa técnica utilizada como actividad recreativa; sino que únicamente acompaña una prescripción médica en la que surge que debe mantener los tratamientos en cursos, entre ellos, la actividad peticionada.

Destaca que no existe en autos constancia de una Junta Evaluadora, en la que se deduzca la presencia de alteraciones motoras o psicomotoras que concluyan en una prestación rehabilitatoria en el agua; así como tampoco se ha

USO OFICIAL



presentado documentación alguna que acredite las habilitaciones de los establecimientos, ni de la formación de los profesionales que llevan a cabo la actividad, ni objetivo y plan de trabajo.

b) En lo que respecta al peligro en la demora, refiere que, conforme la jurisprudencia, si no se cumple el primer requisito de la verosimilitud en el derecho, ya no es necesario analizar la existencia de un peligro en la demora, por más que se demuestre la realidad del riesgo inmediato de perder el derecho que se intenta cautelar.

c) Asimismo, peticiona se dé al presente recurso de apelación efecto suspensivo, conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley 16.986.

d) Finalmente, sostiene que la cautelar peticionada se superpone íntegramente con el objeto de la acción y resulta improcedente toda vez que se contrapone a la finalidad meramente cautelar por cuanto el objeto de la medida se confunde con el resultado al cual se pretende llegar por medio de la sentencia definitiva.

3ro.) La parte actora contestó el traslado del memorial de agravios a fs. 62/64, solicitando el rechazo del recurso interpuesto por la demandada.

4to.) A su turno, tomo intervención el Sr. Fiscal General quien propició por el rechazo del recurso y la confirmación del resolutorio cuestionado (fs. 68/70).

5to.) En primer lugar, cabe señalar que lo peticionado en autos constituye una medida cautelar innovativa, que se comporta como una suerte de sentencia anticipada, más allá de los límites cautelares clásicos, razón por la cual requiere para su procedencia de un cuarto elemento que se suma a los tradicionales y comunes a todas, y es el perjuicio irreparable, o de muy difícil y remota reparación que sufrirá la parte que la solicita, si no se hace lugar a la misma.

En tal sentido, es doctrina de nuestra Corte Suprema que dentro de las medidas cautelares *“la innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una mayor rigidez en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”* (Fallos: 316:1833; 319:1069, entre otros).

USO OFICIAL



6to.) El caso que nos ocupa refiere de una mujer de 49 años de edad, afiliada a IOSFA, con certificado de discapacidad, quien presenta “... *enfermedad desmielinizante compatible con Esclerosis Múltiple, variante R.R. desde 1998*” (conf. informe médico del 8/8/23 obrante a fs. 1/41).

En consecuencia, en lo que aquí estrictamente interesa, su médico tratante, Dr. Ramiro G. Linares, neurólogo, solicitó hidroterapia 2 sesiones semanales, ya que “*la paciente logró mejorar el control de la postura, la flexibilidad, equilibrio y coordinación en general, experimentando mayor libertad de movimiento en el medio acuático*” (conf. informe médico de diciembre 2022 obrante a fs. 1/41).

Conforme surge de la demanda, la actora solicitó vía telefónica y vía email las prestaciones, y frente a la negativa remitió dos cartas documentos en fechas 17 y 18/5/2023. Como respuesta a dicha misiva, en lo que aquí interesa, IOSFA indicó que “*en relación a la prestación de Hidroterapia, no pudo ser auditada por no presentarse la documentación pertinente según instructivo vigente*” (conf. CD obrantes a fs. 1/41). En consecuencia, se dio inicio a la presente acción.

7mo.) El *sub examine* involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, el cual constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico lo ha dotado de la máxima protección normativa: arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, por su condición de discapacidad, la amparista goza además de un reconocimiento diferenciado de derechos a través de las leyes 22.431 y 24.901, ambas consagradorias del derecho a la protección integral de las personas con discapacidad.

En particular, la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con algún tipo de discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles la cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Además, el art. 2 prescribe que las obras sociales tienen a su cargo, con carácter obligatorio, la



cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella que necesiten sus afiliados con discapacidad.

Concretamente, dentro de lo que establece como “prestaciones básicas” que deben cubiertas por los entes de salud, aquellas denominadas “prestaciones de rehabilitación”, dentro de la que quedaría encuadrada la prestación solicitada.

Asimismo, cabe destacar que la patología que padece la actora, se encuentra incluida dentro del listado de ‘Enfermedades Poco Frecuentes’ que recepta la ley 26.689, a la cual la Provincia de Buenos Aires adhirió a través de la ley 14.859; cuyo objeto resulta el promover el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias (art. 1).

Previo a entrar a resolver, cabe señalar que los agravios de la demandada giran en torno únicamente a la prestación de hidroterapia.

8vo.) Ahora bien, cabe adelantar que propiciaré la confirmación de la medida cautelar en crisis, en el convencimiento de que se encuentran debidamente acreditados los requisitos de procedencia exigidos por la ley ritual para este tipo de medidas (art. 230 del CPCCN; conf. art. 17 de la ley 16.986).

Respecto al recaudo de la verosimilitud en el derecho reclamado, dentro del ámbito cognoscitivo acotado y sumarísimo, propio de la instancia cautelar, de las constancias acompañadas surge la afiliación de la amparista a la obra social, que cuenta con Certificado Único de Discapacidad, la patología que padece y la prescripción del tratamiento de hidroterapia reclamado en autos –el cual fue justificado por el médico tratante–; así como también el régimen jurídico aplicable al caso (conf. documental obrante a fs. 1/41).

Asimismo, este requisito no podrá desvincularse de la naturaleza de los derechos en juego; en particular, de la irreparabilidad del perjuicio que podría ocasionarse de no proceder en forma expeditiva 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).

En consecuencia, todos estos elementos expuestos resultan suficientes, en el marco de este trámite de escasa cognición, para tener por acreditada la verosimilitud del derecho que da lugar a la concesión al acogimiento de la medida cautelar solicitada.

9no.) En lo que concierne al requisito de peligro en la demora, entiendo que aquel surge de la naturaleza propia del derecho que se procura proteger, pues está comprometida la salud e integridad física de una mujer, que cuenta con certificado de discapacidad, y que padece una patología que se encuentra dentro del listado de ‘Enfermedades Poco Frecuentes’; lo que demuestra entonces la reunión de este segundo requisito, con el plus que este tipo de medidas requiere, esto es que no puede demorarse so perjuicio de agravamiento de sus condiciones de salud hasta el dictado de la sentencia definitiva. Tomando asimismo en cuenta que la beneficiaria ya se encuentra llevando a cabo estas rehabilitaciones, lo que, conforme indicó su médico tratante, han llevado a mejorar su cuadro de salud.

Ello, se traduce en la urgencia de que se concrete la prestación solicitada más allá de que la indicación médica no consigne en forma expresa la palabra “urgente”. Es por ello que el cuadro que padece la amparista, que no ha sido controvertido por la demandada, aporta el *periculum in dami* para sostener, en este estado procesal, el dictado de la medida cautelar como una respuesta rápida y oportuna que evite –en la medida de lo posible– un perjuicio irreparable a la actora.

Por lo expuesto, es dable concluir que el mantenimiento de la medida cautelar precautoria dispuesta por el Juez de grado evita –al menos hasta el pronunciamiento del fondo de la cuestión– el agravamiento de las condiciones de vida de la amparista, siendo la solución que mejor se corresponde en este marco de conocimiento con la naturaleza de los derechos cuya protección cautelar se pretende, y que tiene como fin paliar el cuadro de salud que la aqueja.

10mo.) En cuanto al agravio relativo al efecto que corresponde darle al recurso, cabe señalar que la apelación no es la vía adecuada para realizar tal planteo (cfr. art. 17, ley 16.986 y 284, CPCCN), por lo que corresponde rechazar el agravio por improcedente.

USO OFICIAL



11vo.) Finalmente, en cuanto al agravio invocado por el recurrente vinculado con la supuesta superposición de la medida cautelar con el objeto de la demanda, cabe señalar que la identidad total o parcial entre el objeto de la medida precautoria y el de la acción no constituye, en sí misma, un obstáculo a su procedencia, en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad, máxime frente a la naturaleza de los derechos aquí involucrados.

Y aun en el caso de que hubiesen coincidido el objeto de la medida cautelar y lo solicitado por la acción de amparo, la CSJN tiene dicho que no se puede descartar la aplicación de este tipo de medidas so peligro de incurrir en prejujuicio, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (“Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafo Graf S.R.L y otros” 07/08/1997). A mérito de lo expuesto, en modo alguno se advierte una vulneración del derecho de defensa de la parte apelante.

Por lo expuesto, **propongo al Acuerdo: 1ro.)** Rechazar el recurso de apelación obrante a fs. 55/59 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 46/50, con costas a la demandada vencida (art. 68, 1er. párrafo del CPCCN). **2do.)** Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal.

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

Respetuosamente habré de dejar planteada mi disidencia con el voto precedente, pues –a mi modo de ver– el recurso de apelación deducido por la demandada debe tener acogida favorable.

1. En primer término, resulta dable destacar que la razón de ser de las medidas cautelares innovativas es que tienden a tutelar, justamente, de manera efectiva y en tiempo oportuno los derechos invocados.

Que esto debe ser en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de justicia del peticionante, y en otros casos, tratan de evitar que el justiciable sufra un perjuicio irreparable o de muy difícil reparación; y que por razones de justicia, de equidad, de urgencia, cuente con los bienes o el derecho cuyo reconocimiento reclama anticipadamente.

Es doctrina de nuestra Corte Suprema que dentro de las medidas cautelares “...la innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una



mayor rigidez en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Fallos 316:1833; 319:1069, entre otros).

Asimismo, se ha dicho que en los casos de cautela material, esto es en los que mediante una medida innovativa se reclama provisionalmente lo que se persigue –en forma definitiva– con la sentencia de amparo, los recaudos ya mencionados habrán de ser ponderados con estrictez. En particular, la prueba del *periculum in mora* deberá acreditar que el daño es inminente e irreparable por otros medios (CARRANZA TORRES, Luis. R., “Práctica del amparo”, 2da. Ed., Alveroni Ediciones, p. 178).

2. Tal como fue señalado por mi colega preopinante en el voto que antecede, no se encuentra discutido en estos autos, la afiliación de la actora al IOSFA, así como tampoco su diagnóstico “... *enfermedad desmielinizante compatible con Esclerosis Múltiple, variante RR desde 1998*”, por el que le fue expedido certificado de discapacidad.

En función de dicho diagnóstico su médico tratante el Dr. Ramiro G. Linares, Médico Neurólogo, le indicó la prestación de hidroterapia 2 sesiones semanales desde enero a diciembre de 2023, de lunes a viernes, como actividad de rehabilitación (v. informes médicos de diciembre 2022, marzo y agosto 2023 obrantes en la documental de fs. 1/41).

En lo que respecta a la prestación de hidroterapia, cabe destacar que si bien dicha terapia no se encuentra explícitamente incluida en el PMO, ni en el nomenclador de prestaciones de discapacidad, puede ser incluida dentro de las prestaciones de rehabilitación, para lo cual es necesario a dicho efecto se demuestre en el caso concreto la eficacia/necesidad de este tipo de terapias (esta Sala *in re FBB 10698/2020/CA2 “P., I. A. c/ IOSFA s/ amparo ley 16.986”* resolución del 4 de mayo de 2021); de modo que quede acreditado que la misma forma parte de la debida atención integral para el tratamiento de la patología del amparista, lo que entiendo que en este caso si acontece.

Al respecto, del informe confeccionado por el Dr. Ramiro G. Linares, en el mes de diciembre de 2022, surge que: “*la paciente logró mejorar el control de la postura, la flexibilidad, equilibrio y coordinación en general, experimentando mayor libertad de movimiento en el medio acuático*”.

USO OFICIAL



Lo señalado, permite tener por acreditado, en el marco de este trámite de escasa cognición, la verosimilitud del derecho en que se fundó la concesión de la medida cautelar.

3. No obstante ello, considero que no se encuentra debidamente probado, a través de la documentación acompañada a autos, el *peligro en la demora* en la concesión de la medida que se pretende.

Así, en la inteligencia de que los magistrados deben fallar con arreglo a las constancias comprobadas de la causa, entiendo que el requisito aludido – imprescindible para la procedencia de la medida precautoria solicitada cf. art. 230, CPCCN– no se encuentra acreditado, atento a que no obra certificado ni informe médico alguno que dé cuenta de la premura con la que se necesitaría obtener la cobertura de la prestación solicitada, más de los beneficios detallados por el médico tratante.

A su vez, no surge de la documentación acompañada en la demanda que el hecho de no contar con la prestación de forma inminente pueda causarle a la amparista un perjuicio irreparable en su salud o su progresión, tal como se ha jurisprudencialmente exigido (*Fallos*: 307:2267, y muchos otros).

Por último, cabe destacar que el presente tramita por vía de amparo, por lo que, no encontrándose acabadamente fundada la particular premura que debe advertirse para tener por configurado el requisito de peligro en la demora en relación a la prestación aludida, es dable esperar a la resolución del fondo de la cuestión, sin perder de vista la celeridad que caracteriza este tipo de procesos.

Por consiguiente, por no encontrarse acreditado el requisito de peligro en la demora en el caso conforme lo expuesto anteriormente, corresponde hacer lugar al recurso de la demandada y revocar parcialmente la medida cautelar concedida en la instancia de grado en relación a la prestación de hidroterapia.

En virtud de lo expuesto, **propicio y voto:** **1.** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 55/59 y, en consecuencia, revocar parcialmente la medida cautelar de fs. 46/50 en relación a la prestación de hidroterapia dos veces por semana, y confirmarla en lo restante, con costas a la demandada sustancialmente vencida (arts. 68, y 69, CPCCN). **2.** Diferir la regulación de honorarios de los

USO OFICIAL



profesionales intervinientes para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo Esteban Larriera, dijo:

En lo que es materia de disidencia entre mis colegas preopinantes, dadas las especiales circunstancias de la causa, adhiero al voto de la Dra. Silvia Mónica Fariña, por compartir en lo sustancial sus fundamentos.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, **SE RESUELVE: 1ro.)** Rechazar el recurso de apelación obrante a fs. 55/59 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 46/50, con costas a la demandada vencida (art. 68, 1er. párrafo del CPCCN). **2do.)** Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal.

Regístrese, notifíquese, publíquese con las restricciones impuestas en la resolución CFABB-Superintendencia, del 13/10/2022 (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13), y devuélvase.

Silvia Mónica Fariña

Pablo A. Candisano Mera

Pablo Esteban Larriera

Nicolás Alfredo Yulita
Secretario de Cámara

cl

USO OFICIAL

