



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, de diciembre de 2022.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: “**N., B. J. c/ INSSJYP s/ PRESTACIONES FARMACOLOGICAS s/ Incidente de Apelación**”. Expediente Nº 9903/2022/1, procedentes del Juzgado Federal de Necochea, Secretaría Civil.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que arriban los autos al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto -en fecha 30/06/2022 (fs. 30/37 según constancia del Sistema de Gestión Lex 100)- por el Dr. Diego Javier Barrios Bazán, en su calidad de apoderado de la parte accionada, contra la medida cautelar decretada en fecha 07/06/2022.

De las constancias obrantes en el expediente se sigue que a raíz de lo solicitado por la amparista -paciente oncológico- en lo pertinente a esta incidencia, el Magistrado actuante en primera instancia decretó la medida cautelar solicitada, ordenando a INSSJYP que en forma inmediata, brinde cobertura de salud respecto de la totalidad de las obligaciones prestacionales y/o medicinales aquí pretendidas, y, en tal sentido, autorice, otorgue, concrete y efectivice su suministro y/o entrega -de modo permanente, regular y continuo- a la Sra. N. B. J., afiliada a dicha entidad, de la medicación prescrita por su galeno tratante -Dr. Luciano Manassero-, a saber, CABOZANTINIB comprimido x 20mg. x 30 (tres cajas x mes), requerido ante el tratamiento indicado para su patología (CANCER RENAL) al 100% de su costo y hasta tanto se dicte pronunciamiento definitivo en la presente tramitación.



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

II.- En su presentación recursiva se agravia el apelante de la medida cautelar ordenada, ya que obliga a su mandante a cubrir una medicación la cual -alude- no ha sido negada.

Con respecto a la contracautela dispuesta por el *a quo*, causa agravio toda vez que obliga a su mandante a cubrir un medicamento que tiene un costo por demás elevado, considerando que debe solicitarse una caución real a los fines de afrontar los posibles perjuicios que pudieren afectar a su mandante.

En relación a la verosimilitud del derecho requerido por estas medidas, alega que la provisión de medicación se encuentra reglamentada según las exigencias marcadas por Ansal y Ministerio de Salud de la Nación, que se encuentran plasmadas en el PMO Y PMOE.

Por otro lado, se agravia de lo ordenado, por haber omitido el Juez de grado el precepto constitucional receptado en el art. 19 de la C.N., exigiendo a su mandante una conducta diferente que la establecida según la norma vigente.

Manifiesta que su poderdante debe velar -atento el sistema solidario que posee respecto a los fondos de los beneficiarios- para que no se otorguen prestaciones innecesarias afectando los intereses del resto de los afiliados.

Asimismo, manifiesta que en el caso de autos no hay derecho denegado sino una legislación que resulta inexorable acatar, que su mandante nunca ha incumplido con los deberes impuestos por la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

normativa vigente y, consecuentemente, subraya que no se ha configurado acto lesivo o arbitrario imputable al Instituto.

Además, alega que la cobertura que brinda su poderdante se ajusta a lo preceptuado en el PMOE, citando los fallos “P., A. c/ INSSJYP s/ Amparo, Expte. N° 7212” y “L. F. c/ PAMI s/ Amparo, Expte. N° 8036”.

A su vez, en cuanto al peligro en la demora indica que no puede considerarse acreditado, toda vez que no se observa de los hechos relatados que pueda provocarse un daño irreparable a la amparista; daño que sí podría causarle -señala- la provisión y aplicación de la medicación solicitada.

Finalmente solicita, se impongan las costas a la contraria.

III.- Habiendo contestado la actora, espontáneamente, el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la medida cautelar dictada en autos -cfr. presentación de fecha 05/09/2022 -, quedaron los autos en condiciones de ser resueltos, conforme el llamado de autos de fecha 14/09/2022.

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).

El Cívero Tribunal ha sostenido que *“(…) El derecho a la salud -máxime cuando se trata de enfermedades graves (...) se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), por lo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (...)”* (C.S.J.N. “L. de V., C. V. v. AMI y otros” • 02/03/2011, Cita online: 70069472).

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 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





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

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 ese orden, y en el caso particular de autos, estimamos oportuno recordar que nuestra Constitución Nacional garantiza los derechos fundamentales de los ancianos (art. 75 inc. 23), los que también se hallan reconocidos en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en particular, arts. 3, 22, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 9, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 5.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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 “Antonio Barillari 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 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 Tº LXXVII Fº 12.356).

Estimamos que este denominado “poder cautelar” debe ser caracterizado como la reacción inmediata, efectiva y prudente de la jurisdicción, que permita encauzar una situación afligente, como sucede en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta tanto la patología oncológica que afecta a la amparista, como su avanzada edad (78 años).

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 al INSSJYP, su diagnóstico, estudios médicos, historia clínica y la prescripción que indica la medicación requerida por el Dr. Luciano Manassero (línea de actuaciones fs. 1/10- según constancia del Sistema de Gestión Lex 100-).

En relación al peligro en la demora consideramos que, sin incurrir en prejuzgamiento, el perjuicio es inminente, responde a una necesidad efectiva y actual y ante la posibilidad que la accionante triunfe en su reclamo, estimamos que revocar la medida cautelar decretada le ocasionaría 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.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Con respecto al agravio referido a que su mandante nunca ha incumplido con los deberes impuestos por la normativa vigente, haciendo referencia al precedente “P., A. c/ INSSJYP s/ Amparo”, consideramos oportuno consignar que la reiterada jurisprudencia ha sostenido invariablemente que las Obras Sociales deben cubrir como mínimo las prestaciones enumeradas en el Programa Médico Obligatorio, las que conforman el límite inferior del universo de prestaciones exigibles, y no su tope máximo (“R., N. N. c/ INSSJP s/ Amparo” Fallo CSJN del 16/5/2006, entre otros).

A lo solicitado por la recurrente en cuanto a la posibilidad de ampliación de la contracautela prestada por la amparista, no habiendo cumplimentado el peticionante con lo establecido en el art. 201 del CPCCN, el tratamiento de dicha pretensión en esta instancia deviene improcedente.

Dicho lo que antecede, resaltamos en este punto, lo indicado por nuestro más Alto Tribunal de Justicia en forma conteste, en el sentido de que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importa prejuzgamiento (Cfr. CSJN en Autos “Camacho Acosta, 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 como regla básica de actuación en el punto, que es la que consideramos aquí aplicable.

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 el Dr. Diego Javier Barrios Bazán -apoderado de la accionada- en fecha 30/06/2022 (interposición de recurso de apelación) y por la Dra. Luciana Roque -patrocinante de la accionante- en fecha 05/09/2022 (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,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

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 parte recurrente vencida (art. 14 Ley 16.986).

II.- Regular los honorarios de la Dra. Luciana Roque 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 inscripta; todo ello, a la fecha de la base arancelaria (art. 33 de la ley 21.839).

III.- Regular los honorarios del Dr. Diego Javier Barrios Bazán 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 inscripto; todo ello, a la fecha de la base arancelaria (art. 33 de la ley 21.839).

IV.- Ambas regulaciones condicionadas 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.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

Se deja constancia que se encuentra 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.-

