



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL - SALA FERIA A

Causa n° 19555/2023

B,, D. A. c/ OSDE s/SUMARISIMO DE SALUD

Buenos Aires, 25 de enero de 2024.-

AUTOS Y VISTO: el recurso de apelación -en subsidio- interpuesto por la actora el día 15.1.24, replicado por la demandada el 22.1.24, contra la resolución dictada el día 8.1.24; y

CONSIDERANDO:

I.- El 2.1.24, la parte actora solicitó la habilitación de la feria judicial a fin de *“permitir la tramitación de la notificación por cédula y/o medida cautelar a dictarse en autos mencionados”*. Ante este requerimiento, ese mismo día, la señora jueza habilitó la feria a los fines del trámite atinente al cumplimiento de la intimación ordenada con fecha 26.12.23. En consecuencia, reanudó el plazo allí dispuesto, que había quedado suspendido con el inicio de la feria judicial.

Una vez cursada la notificación pertinente, la parte demandada contestó la intimación previa (ver constancias del sistema Lex 100, oficio DEO del 3.1.24 y presentación del 5.1.24).

En el pronunciamiento dictado el 8.1.24, la *a quo* rechazó la medida cautelar solicitada por el señor D. A. B. para que se le ordene a la Organización de Servicios Directos Empresarios -OSDE- la cobertura de la intervención quirúrgica denominada "Prostatectomía radical con tecnología robótica" a realizarse en el Hospital Italiano.

Para así decidir, tuvo en cuenta las constancias acompañadas y las conclusiones expuestas por el Cuerpo Médico Forense en causas análogas, entre las que citó aquellas en las cuales el organismo señaló que *"En la actualidad la prostatectomía radical puede ser realizada por vía robótica, laparoscópica o convencional"*, que *"...la cirugía solicitada, podría ser una alternativa terapéutica, en el caso que su médico tratante interprete el estado como localizado..."* y que *"existe bibliografía que informa sobre los posibles beneficios de la cirugía robótica sobre el resto de las demás técnicas, en cuanto al sangrado, internación, erección, incontinencia etc"*. Agregó que, si bien el citado cuerpo de médicos no



niega que la cirugía robótica sea uno de los tratamientos posibles para el padecimiento del actor, lo cierto es que llega a la misma conclusión respecto de las otras dos de las opciones de tratamiento cuya cobertura ofreció la accionada (convencional y laparoscópica), a las que coloca prácticamente en pie de igualdad en cuanto a la eficacia que presentan. En el marco descripto, ponderó el hecho de que, de las tres alternativas de tratamiento descriptas por el Cuerpo Médico Forense, dos de ellas se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio y cuentan con cobertura de la accionada (cfr. su escrito de fecha 05.1.24), mientras que la tercera, que es justamente la pretendida por el actor, no lo está. Por ello, advirtió que no se encontraban dadas las condiciones para obligar a la demandada a apartarse de las opciones de tratamiento a las que está legal y convencionalmente obligada cubrir, ya que no surgen acreditadas -al menos en este estado liminar del proceso- ventajas médicas de entidad suficiente, en lo relativo al tratamiento de la enfermedad del actor, que justifiquen adoptar a esa excepcional decisión. En razón de ello, concluyó que no se encontraba acreditada en autos la verosimilitud del derecho invocada, motivo por el cual no podía accederse a la medida precautoria solicitada.

II.- Contra dicha decisión, el actor planteó revocatoria con apelación en subsidio. Toda vez que los argumentos vertidos no tuvieron entidad suficiente para modificar el temperamento adoptado, la *a quo* desestimó la revocatoria intentada y concedió en relación el recurso de apelación subsidiario (ver auto del 15.1.24).

En prieta síntesis, sostuvo que la demandada erróneamente niega que deba cubrir los servicios del Hospital Italiano. En tal sentido, expone que nunca tuvo otra cobertura que la otorgada por ella (OSDE 410) y que el 04.9.17 tuvo una intervención quirúrgica de corazón donde le realizaron 4 *by pass* en el mencionado nosocomio que fue cubierta por la emplazada. Agrega que el Hospital Italiano es uno de los sanatorios contratados por OSDE, y precisa que no sólo se atiende ahí, sino que, también las órdenes médicas acompañadas en autos donde se aconseja la cirugía robótica -por su precisión- provienen de aquella institución.

Por otro lado, considera que la resolución de la jueza de grado resulta arbitraria por carecer de fundamentos para sustentar su decisión.

Arguye que no han sido ponderados correctamente ni el peligro en la

Fecha de firma: 25/01/2024

Firmado por: JUAN PEROZZIELLO VIZIER, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: FERNANDO ALCIDES URIARTE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EDUARDO DANIEL GOTTARDI, JUEZ DE CAMARA



#38563736#398061576#20240125111013066



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL - SALA FERIA A

demora ni la verosimilitud del derecho. Agrega que la urgencia del amparista surge por tener que ser sometido a la cirugía en cuestión, no más allá del mes de febrero. Luego efectúa ciertas consideraciones genéricas, en lo atinente a la procedencia de las medidas cautelares y del derecho a la salud como derecho constitucional.

La magistrada ordenó su sustanciación y la oportuna remisión de las actuaciones a este Tribunal, sin perjuicio de lo que en esta instancia se pudiera decidir sobre la habilitación para el tratamiento de la apelación.

III.- En función de las particularidades que presenta este caso, a criterio del Tribunal median razones suficientes para la habilitación de la feria judicial en curso, pues como se advertirá en los próximos considerandos, se encuentra comprometido el derecho a la salud del recurrente, de raigambre constitucional (art. 4, RJN; art. 75 inc. 11 de la Constitución Nacional; art. 12, inc. 2, ap. D., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por ello, corresponde habilitar la feria judicial a los fines del tratamiento de la apelación del actor contra el rechazo de la medida cautelar.

IV.- Así las cosas, corresponde ingresar en el primero de los agravios del accionante que se vincula con la arbitrariedad del pronunciamiento por carecer -a su criterio- de la debida fundamentación.

Al respecto, cabe señalar que los pronunciamientos relativos a las medidas cautelares, al ser equiparables, en algunas ocasiones, a las resoluciones que ocasionan gravamen irreparable, requieren una fundamentación sumaria, y deben contener siempre la mención concreta de la medida que se requiere y de las cosas o personas a que se refiere, sin perjuicio de los requisitos exigibles a cada medida en particular (confr. esta Cámara, esta Sala, causas n° 9745/21 del 15.6.22; 504/22 y 6606/19, ambas del 4.5.22; Sala III, causa n° 9587/19 del 10.9.20 y sus citas doctrinarias).

Dentro de ese marco y contrariamente a lo que sostiene el recurrente, la jueza de la causa fundamentó su decisión de manera sumaria, basándose para ello en la naturaleza de las medidas cautelares y los recaudos inherentes a su procedencia. A continuación, explicitó por qué consideraba



que uno de ellos no se encontraba configurado –vgr. verosimilitud del derecho-, para lo cual hizo mérito de las conclusiones a las que arribó el Cuerpo Médico Forense en causas análogas a la presente.

En razón de lo expuesto, corresponde desestimar la primera de sus críticas.

V.- Aclarado ello, es importante destacar las siguientes circunstancias que exhibe el caso, de acuerdo con las constancias que obran hasta el momento en el expediente.

El amparista de 67 años de edad, está afiliado a la demandada y padece de cáncer de próstata. De las constancias obrantes en autos surge que el jefe del servicio de Urología del Hospital Italiano, Dr. Wenceslao VILLAMIL, el 12.12.23 indicó “*Prostatectomía radical con tecnología robótica*”. Asimismo, el Dr. Agustín ROMEO, en igual sentido, prescribió “*prostatectomía radical robótica más linfadenectomía. Explico riesgo de incontinencia urinaria y disfunción sexual postoperatorio*”.

Por su parte, la *a quo* tuvo en cuenta lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en una causa similar y concluyó que si bien el citado organismo no niega que la cirugía robótica sea uno de los tratamientos posibles para el padecimiento del actor, lo cierto es que llega a la misma conclusión respecto de las otras dos de las opciones de tratamiento cuya cobertura ofreció la accionada (convencional y laparoscópica), a las que coloca prácticamente en pie de igualdad en cuanto a la eficacia que presentan. Así, según surge del informe el Cuerpo Médico Forense (cuyo criterio fue replicado en otros casos análogos), los beneficios que la cirugía robótica traería aparejados, en comparación a las otras dos opciones de tratamiento, son más bien potenciales y no se vinculan con la efectividad del tratamiento para atacar la enfermedad que sufre el paciente (cáncer de próstata), sino que están relacionados con aspectos postoperatorios y de una mejor recuperación y más breve.

VI.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha juzgado que la innovativa es una medida precautoria excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que implica un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, todo lo cual justifica una mayor prudencia en la apreciación de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL - SALA FERIA A

recaudos que hacen a su admisión (conf. Fallos 316:1833; 318: 2431; 319 :1069 y 321:695).

Partiendo desde esa doctrina, la Sala procederá al examen de los presupuestos de admisibilidad obrando con mesura, porque el marco de conocimiento en el que la cuestión es abordada, es preliminar, es decir, no permite efectuar el análisis exhaustivo propio del momento en que se dicte la sentencia definitiva.

Así, pues, lo que se encuentra en discusión, atento la conducta asumida por ambas partes en el presente, es si la operación requerida por el actor debe ser realizada mediante el método convencional, laparoscópica o por medio de la cirugía robótica prescripta por su médico, y -en este caso- si debe ser cubierta por demandada. Sentado lo expuesto, cabe precisar que la verosimilitud del derecho, como requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (Corte Suprema Fallos: 306:2060; esta Sala, causa 10.578/05 del 09.12.2005 y sus citas).

Ahora bien, la cirugía con tecnología robótica no está prevista en el Programa Médico Obligatorio, ni en su contrato de afiliación; y si bien es cierto de que el PMO constituye “un piso prestacional” de acuerdo a la jurisprudencia del fuero, no lo es menos que esa circunstancia no acarrea, de modo general, el derecho de los afiliados a cualquier prestación con prescindencia de lo que fije la Autoridad de Aplicación. Cabe tener en cuenta el certificado médico y el dictamen del Cuerpo Médico Forense adjuntado por la jueza de la anterior instancia, según los cuales la cirugía de próstata con tecnología robótica constituye la mejor alternativa terapéutica en cuanto a que disminuye los riesgos de morbilidad post-operatoria; pero no representa la única solución para la patología que presenta el paciente, habida cuenta que la demandada ofreció la vía convencional o laparoscópica (ver presentación del 5.1.24). Por otro lado, se trata de una “cirugía programada”, lo que determina la inexistencia del “peligro en la demora” en el reconocimiento del derecho invocado por el asociado, no generándole, pues, “un daño irreparable”.

Por lo demás, en el caso concreto de autos, se debe señalar que

~~no surge de las constancias obrantes en la causa fundamento médico~~

Fecha de firma: 25/01/2024

Firmado por: JUAN PEROZZIELLO VIZIER, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: FERNANDO ALCIDES URIARTE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EDUARDO DANIEL GOTTARDI, JUEZ DE CAMARA



#38563736#398061576#20240125111013066

suficiente -al menos en el estado liminar en el que se encuentra la causa- para admitir la medida cautelar. Máxime ponderando que no ha sido motivo de acabado debate y prueba que los tipos de cirugía ofrecidos por la demandada puedan ocasionar al actor un daño, en contraposición con la cirugía robótica pretendida.

VII.- Si bien lo expuesto conduce a confirmar lo resuelto en la instancia de origen, es dable recordar que las decisiones sobre medidas cautelares no causan estado ni son definitivas ni preclusivas, de donde resulta que es posible su revisión siempre que se aporten nuevos elementos de juicio. En general tienen carácter eminentemente mutable, de manera que las decisiones que se adoptan en ese ámbito –de acuerdo con las particularidades de cada caso– es provisional, por cuyo motivo la parte interesada está legitimada para solicitar nuevamente su traba aportando las pruebas que demuestren su derecho a obtenerla.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:** 1) habilitar la feria a los fines de dar tratamiento al recurso de apelación -en subsidio- interpuesto por el actor y 2) confirmar la resolución apelada. Las costas de Alzada en atención a las particularidades de la causa se distribuyen en el orden causado (artículos 68, segundo párrafo, y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

JUAN PEROZZIELLO VIZIER

FERNANDO ALCIDES URIARTE

