



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

**6744/2023**

**Incidente N° 1 – ACTOR: NOGUERA, JESSICA c/ UPCN s/ INC. APELACION**

Resistencia, 29 de noviembre de 2023.- GAK

**VISTOS:**

Estos autos caratulados: **"INCIDENTE DE APELACION E/A: NOGUERA, JESSICA c/ UPCN s/ AMPARO LEY 16.986"**, Expte. N° **FRE 6744/2023/1/1/CA1**, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Formosa.

**Y CONSIDERANDO:**

**I.-** La Sra. Jessica Noguera promovió acción de amparo contra la OBRA SOCIAL UNION PERSONAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION (OSUPCN) a fin de que proceda a afiliarla y, en consecuencia, otorgue la cobertura en prestaciones médicas asistenciales que por ley le corresponde como afiliada de dicha obra social, en especial las prestaciones indicadas por la médica tratante, Dra. María Emilia Mancebo Grab, consistentes en: 1) depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, glúteos y pubis; 2) voluminización y feminización facial, rinoplastía, blefaroplastía bilateral superior e inferior, bichectomía, auriculoplastía, lifting cervico facial (armonización feminización facial); 3) abdominoplastía, liposucción abdominal con lipotransferencia glúteo-cadera; 4) reconstrucción mamaria mamoplastía o mastoplastía de aumento con recambio de prótesis bilateral, simetrización y reconstrucción complejo areola pezón; 5) micro trasplante capilar con técnica f.u.e. (unidad folicular por unidad folicular). Todas estas prácticas a llevarse a cabo por la Dra. María Emilia Mancebo Grab.

Peticiona se condene a la obra social a cubrir de manera integral los gastos de honorarios médicos, internación, uso de quirófano, materiales, prótesis, insumos que indique la galena tratante y cuanto otro sea necesario para la realización de las intervenciones quirúrgicas y prácticas



médicas de mención. Todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social.

Requiere medida cautelar a fin de que se ordene a la obra social demandada que -de manera inmediata-: 1) proceda a afiliarse a la amparista de autos, haciéndole entrega de su respectivo carnet de afiliación y cartilla de prestadores y 2) autorice, otorgue, concrete y efectivice el suministro y entrega de autorización de reconstrucción mamaria, mamoplastía o mastoplastía de aumento con recambio de prótesis bilateral, simetrización y reconstrucción complejo areola pezón; práctica médica a llevarse a cabo por la Dra. Mancebo Grab, proveyendo las prótesis mamarias que indique la médica tratante, cubriendo los gastos de honorarios médicos, internación, uso de quirófano y cuanto otro sea necesario para la realización de la intervención quirúrgica de mención. Todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social, librándose a los efectos los oficios de estilo, con los recaudos necesarios para su estricto cumplimiento.

Por resolución del 25/08/2023 la Jueza de la instancia anterior hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, y ordenó a la OSUPCN proceda a la afiliación de la amparista y autorice, otorgue, concrete y efectivice el suministro y entrega de autorización de reconstrucción mamaria, mamoplastía o mastoplastía de aumento con recambio de prótesis bilateral, simetrización y reconstrucción complejo areola pezón; proveyendo y cubriendo los gastos de honorarios médicos, internación, uso de quirófano y cuanto otro sea necesario para la realización de la intervención quirúrgica de mención. Todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social y previa caución juratoria que deberá prestar la amparista.

**II.-** Disconforme con lo decidido, en fecha 29/08/2023, se presenta la demandada interponiendo recurso de revocatoria con apelación en subsidio con base en los siguientes agravios:

Afirma que en autos se ha dictado una medida cautelar sin que se hayan cumplido los requisitos fundamentales, como lo son el "peligro en la demora" y la "verosimilitud del derecho".

Sostiene que la cobertura ordenada en la manda judicial no obedece a un tema de salud urgente, o al menos no existe un informe médico que así lo justifique, por lo que es evidente la falta de peligro en la demora, el





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

cual no queda configurado en autos siendo, en consecuencia, improcedente el dictado de la medida cautelar.

Señala que no se puede hablar de verosimilitud del derecho dado que la accionante no ha acreditado haber agotado la vía administrativa previa que le diera derecho a iniciar la presente causa.

Cuestiona la caución juratoria fijada como contracautela y solicita se fije caución real.

Reitera que la accionante no acreditó haber agotado la vía administrativa previa desde que el email remitido no se trata de una notificación fehaciente. Tampoco acompañó prescripción médica de las prestaciones que solicita.

Denuncia que la resolución en crisis fue dictada sin fundamentación, resultando arbitraria y contraria derecho.

Señala que no existe actualmente normativa que ordene a los agentes de seguro de salud a brindar cobertura con prestadores ajenos a su nómina con los cuales no tiene ningún tipo de vínculo. Alega que la amparista -cuando sea dada de alta- contará con un plan de salud denominado "cerrado" por lo que no puede apartarse de la cartilla y elegir prestadores ajenos a la Obra Social.

Cita jurisprudencia que estima avala su posición.

Alega disparidad entre aportes y la cobertura ordenada. Indica que resulta imposible escindir el tema económico en esta discusión por cuanto los recursos que maneja la Obra Social, son limitados, lo que implica que las prestaciones que brinda deben ajustarse a la correcta administración de los mismos, para que todos los beneficiarios puedan acceder a su cobertura médica dentro de un esquema de solidaridad.

Reprocha que con la medida cautelar se avale un obrar arbitrario por parte del letrado de la actora.

Solicita la sustitución de la medida cautelar en los términos del art. 203 del CPCCN ordenando la autorización de la cobertura con prestadores propios.

Hace reserva el Caso Federal y concluye con petitorio de estilo.



En fecha 30/08/2023 la Juzgadora rechazó la revocatoria y concedió la apelación deducida subsidiariamente en relación y con efecto devolutivo.

Corrido el pertinente traslado, la actora lo contestó el día 01/09/2023 en base a argumentos a los que remitimos en honor a la brevedad.

Elevadas las actuaciones a esta instancia, el 06/09/2023 se llamó Autos para resolver el recurso impetrado.

**III.-** Cabe señalar inicialmente 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].

Sin embargo, 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.

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.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

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).

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 que encierran en definitiva la provisión de terapias y medicamentos.

**IV.-** Sentado ello y en la tarea de evaluar si en las presentes actuaciones se dan los recaudos de viabilidad de la medida, cabe advertir que del escrito de promoción de la acción y de las constancias obrantes en la causa, se aprecia que la Sra. Jessica Noguera se encuentra inscripta como monotributista social.

Es de recordar que el monotributo social es un régimen tributario, que promueve la inserción de emprendedoras y emprendedores en situación de vulnerabilidad, que realizan una única actividad económica



por cuenta propia y se encuentran fuera del mercado formal laboral o trabajando en relación de dependencia con ingresos brutos inferiores al haber previsional mínimo.

Como parte de dicho programa, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, en virtud de la Resolución Conjunta 853/06 SPSyDH 249/06 SSSalud, concedió a la actora un subsidio como monotributista social, el que consiste en que el pago de los aportes a la obra social los realiza directamente el Estado Nacional.

Según lo acredita con la documental agregada en autos, al momento de inscribirse como monotributista social, la actora eligió afiliarse a la Obra Social demandada. Como se comprueba con los tickets de pago que fueron acompañados, los aportes a la obra social demandada se encuentran efectivizados desde el mes de julio de 2023.

Así, en fecha 01/08/2023 intimó a la obra social para que en el plazo de veinticuatro (24) horas hábiles, contadas a partir de la recepción de la misiva remitida, proceda a afiliarla haciéndole entrega del respectivo carnet de afiliación y a autorizar las prácticas médicas prescriptas por la Dra. María Emilia Mancebo Grab.

A la hora de decidir, cabe destacar en primer lugar respecto de la falta de agotamiento de la vía administrativa previa, que obra acreditado en autos que la Sra. Noguera se encuentra realizando los aportes a la obra social demandada y que el día 01/08/2023 efectuó el pertinente reclamo administrativo vía email a fin de que se proceda a su afiliación y entrega del respectivo carnet, sin que conste en autos respuesta favorable a dicha solicitud.

En consecuencia, no son atendibles las razones esgrimidas por la demandada para omitir brindar la cobertura solicitada, por cuanto no caben dudas respecto del derecho que le cabe a la actora de obtener la afiliación a la obra social elegida.

Resulta dable indicar que esta Cámara en causas de contenido análogo (Exptes. N° 13/2022, 27/2022 y 26/2022 entre otros) ha señalado que la Ley de Identidad de Género N° 26.743 define normativamente a la identidad de género como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido.” (art. 2º)

Reconoce, además, en su art. 11 el derecho de toda persona a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Establece asimismo que los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

A su vez, el decreto reglamentario 903/15 en su Anexo I establece cuáles son las prestaciones enunciadas en el art. 11 incluidas en el Plan Médico Obligatorio (PMO), las que se enumeran con carácter meramente enunciativo y no taxativo.

En el caso, la cirugía solicitada por la accionante se halla expresamente contemplada dentro de las coberturas del Plan Médico Obligatorio, lo que nos exime de formular mayores consideraciones dentro del acotado marco del presente proceso. Por lo demás, surge del informe médico acompañado que la amparista padece discriminación relacionada con sus caracteres sexuales primarios y secundarios que le dan una imagen exterior masculina, lo que le produce aislamiento, ansiedad, angustia, todos indicadores de fobia social. Por tal motivo se prescribió como de suma importancia y urgencia la realización de los tratamientos cuya cobertura fuera solicitada en el amparo promovido, con el fin de avanzar en su transformación física y psíquica hacia el “ser mujer”, entendiendo que los mismos repercutirán en la paciente positivamente, logrando mayor pertenencia respecto de su identidad de género.

Que el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de



habilitar una resolución que concilie según el grado de verosimilitud los probados intereses de la demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 334:1691) por lo cual, analizadas las particularidades del caso en estudio, contemplando la importancia y urgencia de la medida requerida -de conformidad lo prescribiera su médica tratante- estimamos acreditado el peligro en la demora.

En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión en esta instancia, surge prima facie que en el caso, sujetar a la actora que aguarde al dictado de la sentencia de la acción principal, podría frustrar la sustancia del derecho implicado, no pudiendo encontrar sustento en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional (Fallos: 316:779 y 343:264).

En el contexto normativo aludido, resulta claro que en tanto lo consientan las constancias de la causa, 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).

A mayor abundamiento, conforme la crítica expuesta con base en que resulta imposible escindir el tema económico por cuanto los recursos que maneja la demandada son limitados, no resulta ocioso recordar la doctrina de la Corte Suprema de la Nación ha sido constante al referirse al habitual argumento del desequilibrio financiero que produciría el otorgamiento de la cobertura contractual o legalmente requerida. En este sentido el más Alto Tribunal ha sostenido la insuficiencia de la alegación en tanto no se demuestre el desequilibrio. Y que asimismo, las obras sociales deberían justificar la relación entre ese desequilibrio y algún derecho constitucional. Recién luego podría el tribunal evaluar si el peso del derecho afectado logra ser suficiente para justificar la restricción al derecho a la salud de las personas que se protege a través de la extensión de la referida obligación. (Corte Sup., 8/4/2008, "Unión de Usuarios y Consumidores v. Compañía Euromédica de Salud s/ amparo"; Corte Sup., "Hospital Británico", Fallos 324:754).

Los demás agravios invocados resultan ajenos al acotado marco de conocimiento en el cual nos encontramos, por lo que deberán ser planteados y considerados en el proceso principal.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

En conclusión, en orden a la categoría de los derechos comprometidos, teniendo en cuenta las constancias de la causa referidas "supra" y acreditadas las condiciones personales de la Sra. Noguera, las que resultan susceptibles de causar las afectaciones descriptas por su médica especialista, el requisito del *fumus bonis juris* se debe tener por acreditado, así como el peligro en la demora.

**V.-** 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 Fº 11.903; T. XXVIII Fº 13.513, T. XLVIII Fº 22.654, entre otros).

**Por los fundamentos que anteceden, por mayoría, SE RESUELVE:**

1) RECHAZAR el recurso de apelación incoado en subsidio al de revocatoria en fecha 29/08/2023 en lo que fuera materia de agravio y, en consecuencia, CONFIRMAR la medida cautelar decretada por la Magistrada de la anterior instancia.

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

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

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NOTA: De haberse suscripto por las Sras. Juezas 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, 29 de noviembre de 2023.-

