



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

1504/2022

Incidente N° 1 - ACTOR: C. P., C. V. DEMANDADO: OBRA SOCIAL UNION PERSONAL DE LA UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACION -UPCN- s/INC APELACION

Resistencia, 28 de febrero de 2023.- NVC

VISTOS:

Estos autos caratulados: "INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS: C. P., C.V. C/ OBRA SOCIAL UNION PERSONAL DE LA UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACION - UPCN- S/ AMPARO LEY 16.986" Expte. N° FRE 1504/2022/1/1/CA1, provenientes del Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Formosa.

Y CONSIDERANDO:

I.- La Sra. C. V. C. P. promovió acción de amparo contra la OBRA SOCIAL UNION PERSONAL DE LA UNIÓN DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN 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. M. E. M.o G., consistentes en:

1) depilación definitiva- fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), brazos, antebrazos, abdomen, tórax, pubis, glúteos, muslo, miembros inferiores y espalda; 2) Voluminización y feminización facial, Rinosplastia y mentoplastia; 3) mamoplastia O MASTOPLASTIA de aumento con colocación de prótesis bilateral, con cobertura integral de la obra social de los gastos de honorarios médicos, internación, uso de quirófano, materiales, prótesis, insumos 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. - 4) Atención medica con especialista en endocrinología (terapia hormonal); Como así también cobertura de manera integral las prestaciones indicadas por los galenos tratantes Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez, consistente en Reasignación genital Vaginoplastia feminizante (Penectomía, Orquiectomía bilateral, Confección de neo-vagina con flap escrotales y neoprepucio. El introito vaginal se realiza con colgajo de piel del surco balano-prepucial y neo-clítoris con glande) a realizarse por los Dres. J. M. Á. y N. M.

Peticiona asimismo medida cautelar a fin de que se ordene a la obra social demandada que -de manera inmediata- proceda a afiliarla *otorgándole el respectivo carnet de afiliación y la cartilla de prestadores. Además, solicita* se autorice, otorgue, concrete y efectivice el suministro



y entrega de autorización de mamoplastia -mastoplastia- de aumento con colocación de prótesis bilateral; práctica médica a llevarse a cabo por la galeno tratante Dra. M. E. M. G., 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.

Por resolución del 09/03/2022 el Magistrado de la instancia anterior hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó que la demandada proceda a afiliarse de la Señora C. V. C. P., otorgándole el respectivo carnet y cartilla de prestadores. Por otra parte, dispuso se autorice, otorgue, concrete y efectivice el suministro y entrega de autorización de mamoplastia -mastoplastia- de aumento con colocación de prótesis bilateral, 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, todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social. Todo ello previa caución juratoria.

Para así resolver, el sentenciante entendió que en autos se hallaban reunidos los requisitos de admisibilidad. Así, mencionó que, conforme los hechos denunciados, la verosimilitud del derecho se hallaba configurada en la trasgresión del derecho a la salud de la actora, el cual está totalmente relacionado con la garantía constitucional del “derecho a la vida”.

Dijo que contar con las prestaciones solicitadas era de suma importancia y urgencia para el psiquismo de la accionante y que su falta podría ocasionarle riesgos como mayor aislamiento, ansiedad, angustia y depresión, pudiendo llegar inclusive al suicidio.

En cuanto al peligro en la demora sostuvo que la cuestión relativa a la salud de la actora no admitía dilaciones, por lo que con cita en lo resuelto por este Tribunal, decretó la medida pretendida.

Disconforme con lo decidido la obra social demandada se presenta en fecha 05/04/2022 y aduce imposibilidad de cumplimiento. Asimismo, interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución que hace lugar a la medida cautelar.

II.- Cuestiona el pronunciamiento recaído en base a los siguientes agravios:

Afirma que se decretó la medida cautelar sin haberse cumplido con los presupuestos fundamentales de “peligro en la demora” y “verosimilitud del derecho”.

Alega que la cobertura ordenada no obedece a un tema de salud urgente sino a una mera cuestión estética, resultando evidente la ausencia de peligro en la demora.

Señala que tampoco se puede hablar de verosimilitud del derecho cuando la accionante no agotó la vía administrativa previa ni ha dado cumplimiento al régimen progresivo del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

monotributo, dado que recién está inscripta en el régimen de monotributo social desde diciembre 2021, ejerciendo su derecho a opción en el mes de enero 2022 no habiendo transcurrido –hasta ese momento- el plazo estipulado por ley para acceder a la cobertura solicitada y ordenada mediante medida cautelar. Asimismo, indica que no se puede justificar el peligro en la demora basándose en el informe médico de una cirujana plástica.

Por otra parte, se agravia de la caución juratoria fijada como contracautela.

Sostiene que no existió agotamiento de la vía administrativa previa y que la contraria nunca le presentó una solicitud formal de cobertura, ya que en el email enviado a su delegación comercial únicamente solicitaba su alta afiliatoria, por lo que no puede ser considerado como una intimación para tener por agotada la vía administrativa.

Manifiesta que la resolución en crisis fue dictada sin fundamentación y motivación, resultando excesiva y contraria a derecho.

Denuncia desconocimiento del a quo respecto de la normativa vigente en cuestiones afiliatorias y cobertura que debe brindar un agente de seguro de salud.

Relata que el derecho a opción no es automático y que los aportes efectuados por la accionante desde 04/01/2022 no ingresaron a Unión Personal, ya que se requiere un tiempo de 3 meses para que estos impacten en los registros de la Salud.

Cuestiona que ordene brindar una cobertura de índole puramente estética que no guarda relación con la salud de la amparista, cuando no existe normativa vigente que la obligue a hacerlo.

Reputa que la resolución en crisis condena a su parte a brindar una cobertura de prótesis de manera completamente indeterminada, dejando al arbitrio de la médica tratante la prescripción de las prótesis.

Invoca disparidad entre los aportes y la cobertura ordenada dado sus limitados recursos.

Reprocha que la medida cautelar favorece y fomenta un obrar arbitrario por parte del letrado de la parte actora.

Finalmente hace reserva el Caso Federal y concluye con petitorio de estilo.

Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta en base a argumentos a los que remitimos en honor a la brevedad, en fecha 22/05/2022 el juez a quo rechaza la revocatoria y concede la apelación deducida subsidiariamente en relación y con efecto devolutivo.

Elevadas las actuaciones a esta instancia, en fecha 06/06/2022 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.

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





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

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 (obrante en el principal) y de las constancias de la causa, se aprecia que la Sra. C. V. C. P. resulta ser beneficiaria del programa "potenciar trabajo", encontrándose 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 NACION, en virtud de la Resolución Conjunta 853/06 SPSyDH - 249/06 Salud, 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 diciembre de 2021.

Por lo demás, desde ese momento la apelante se encuentra intentando afiliarse a la obra social, para lo cual -manifiesta- concurrió en reiteradas oportunidades a la sede de la misma con la documental necesaria para realizar tal acto.

Así, en fecha 01/02/2022 intimó a la obra social para que en el plazo de veinticuatro (24) horas hábiles, contadas a partir de la recepción del correo electrónico remitido, proceda a afiliarla y hacerle entrega del respectivo carnet de afiliación, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales.

Al no contar con respuesta alguna interpuso la presente acción de amparo y medida cautelar.



A la hora de decidir, cabe destacar en primer lugar -respecto de la falta de agotamiento de la vía administrativa previa y al régimen progresivo del monotributo, alegado por el recurrente- que si bien el Decreto 1/2010 reglamentario del Anexo de la Ley N° 24.977 - Régimen simplificado para pequeños contribuyentes, establece un acceso progresivo a la cobertura de salud, disponiendo que el titular y, en su caso, cada integrante de su grupo familiar incorporado, tendrán la cobertura prevista en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) —aprobado por Resolución N° 201 del 9 de abril de 2002 prorrogada por el Decreto N° 1210 del 10 de diciembre de 2003, o la que en lo sucesivo la modifique o reemplace— dividida por niveles: a) Cobertura desde el inicio de su adhesión al régimen y b) Cobertura a los tres (3) meses, las suscriptas compartimos lo sostenido por la jurisprudencia en punto a que: “...las exigencias administrativas impuestas unilateral y discrecionalmente por el demandado, a través de disposiciones de carácter interno, no pueden prevalecer sobre el bloque normativo con jerarquía constitucional desarrollado precedentemente. Dicho con otro giro, toda la legislación y principios de protección y garantía del derecho a la salud no pueden ser relativizados, aminorados y menos aún, desconocidos, por cuestiones de índole reglamentaria. Una solución contraria implicaría incluso desconocer el mandato contenido en el artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que incorpora como criterios interpretativos de la ley —además de sus palabras y finalidades—, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. (Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, sala I, m., G. C. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados PAMI y otro s/ Amparo Ley 16.986 • 08/01/2020- Cita Online: AR/JUR/8/2020)

En virtud de lo expuesto -coincidiendo con los argumentos vertidos por el Juez a quo- se encuentra acreditado en autos que la Sra. C. P. se encuentra realizando los aportes a la obra social demandada -conforme dan cuenta las constancias de pago del Monotributo adjuntadas- y que el 01/02/2022 efectuó el pertinente reclamo administrativo vía email a fin de que proceda a su afiliación.

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 asiste a la actora de obtener la afiliación a la obra social elegida.

Por otra parte, 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





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios 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 autopercebida, 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, sin perjuicio de advertirse que – también a diferencia de lo planteado por la apelante-, la cirugía requerida no puede ser analizada como una cuestión meramente “estética”.

Por lo demás, surge del informe médico acompañado que la Sra. C. P. 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”, entendiéndose 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, -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).

A mayor abundamiento, conforme la crítica de que resulta imposible escindir el tema económico por cuanto los recursos que maneja la demandada son limitados, no resulta ocioso recordar que 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.

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. C. P. -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:

I.- RECHAZAR al recurso de apelación incoado en fecha 05/04/2022 y, en consecuencia, confirmar la medida cautelar decretada por el Juez a quo en fecha 09/03/2022.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

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

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

IV. - Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NOTA: De haberse dictado el Acuerdo que antecede 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.) suscripto en forma electrónica (arts. 2 y 3 Ac. 12/2020 CSJN). CONSTE.-

SECRETARÍA CIVIL N° 1, 28 de febrero de 2023.-

Signature Not Verified
Digitally signed by PATRICIA
BEATRIZ GARCIA
Date: 2023.02.28 12:21:05 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by MARIA
DELFINA DENOGENS
Date: 2023.02.28 12:45:17 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by GUSTAVO
DAVID E CHARPIN
Date: 2023.02.28 12:51:03 ART



#36635567#358896614#20230228120249388