En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B., H. S. c/ G. A. S.A s/ Acción de Amparo" (Expte. N°162/2016),** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte N° 8/16), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Satisface la presentación de fs. 48/53 los recaudos del art. 268 del CPCC? **SEGUNDA** CUESTION: **¿**es justa la sentencia apelada? **TERCERA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento
corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 78.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Previo a ingresar a la cuestión he de reseñar los antecedentes de la sentencia dictada y la que en su parte dispositiva admitió el amparo incoado por el Sr. H. S. B. y condenó a G. A. S.A. a brindarle al actor cobertura integral de la cirugía prostatectomía radical laparoscópica + linfadenomectomía pélvica ampliada laparoscópica, que le fuera indicada, disponiendo que la intervención debía cumplirse en el Hospital Italiano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en el establecimiento que aquel designe. Impuso las costas a G. A. S.A. y reguló los honorarios
profesionales de los letrados en la unidad de medida arancelaria.

Dejó establecida la competencia del Juzgado para intervenir en la causa, reseñó las normas constitucionales y convencionales que reconocen el derecho a la salud involucrado en la causa y a la vía del amparo como la apta para su resguardo en los casos en que, por acción u omisión, se ve

amenazado.

Indicó que el actor requirió a la prepaga la cobertura integral de la cirugía prostatectomía radical laparoscópica + linfadenomectomía pélvica ampliada laparoscópica, que le fuera indicada por su médico tratante, sin respuesta positivo y sin contestar la carta documento N° XXXXXXXXX que enviara el 14/1/16, recibida el 18/1/16.

Por su lado señala que la demandada fue citada al proceso, sin comparecer por lo que hará mérito de lo establecido por el art. 360, inc. 1 del C.P.C.C, de aplicación supletoria, conforme lo dispone el art. 16 de la ley V, N° 84, que autoriza a estimar al silencio como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos como también reconocidos o recibidos los documentos que se hubieren acompañado.

Ante ello tiene por cierto, la existencia de un contrato vigente de medicina prepaga celebrado entre el Sr. H. S. B. y G. A. S.A, bajo el plan Azul 200; que el actor padece

adenocarcinoma de próstata TIC, y por ello se le ha indicado cirugía prostatectomía radical laparoscópica +

linfadenomectomía pélvica ampliada laparoscópica, tal como se señala en el Certificado de fs. 11, emitido por F. G. A., Médico Especialista en Urología, como que presentado el presupuesto y ante el silencio remitió carta documento N°XXXXXXXXX, recibida el 18/1/16, intimando a que se brindara
tal cobertura, sin obtener respuesta.

Indica que requirió informe al CMF, expidiéndose el Médico Forense, Herminio R. González, integrante del Cuerpo Médico Forense de esta ciudad por las técnicas quirúrgicas y que para esa práctica resulta conveniente un centro de alta complejidad oncólogica y urológica que, por la alta frecuencia de tratamiento, cuenten con resultados estadísticos favorables, señalando a esos fines, el Hospital de Clínicas, Hospital Británico, Hospital Italiano y el Hospital Oncológico Roffo, todos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que deberá cumplirse de manera
perentoria.

Alude a las obligaciones mínimas que debe asumir una empresa de medicina y que en el caso no es óbice que la práctica que se pretende no se encuentre incluída en el P.M.O, en el que sólo se menciona "cirugía prostatectomía radical" (Anexo II.Catálogo de Prestaciones. Resolución 201/2002), para lo cual tiene presente que la demandada no ha alegado que se encuentre excluída del Plan Azul 200.

Por otro lado refiere a que el médico tratante ha sostenido que la práctica que le indica al actor es la más conveniente y no hay prueba en el

expediente que sostenga lo contrario.

En definitiva admite el amparo en los términos que ya he reseñado al comienzo de mi voto.

A fs. 48/53 se presenta al proceso G. A. S.A. y apela la sentencia, recurso concedido a fs.64 con efecto devolutivo, disponiéndose la conformación del legajo a los fines de la ejecución.

2.

En el escrito de fs. 48/53 G. A. S.A. toma intervención en el proceso. Lo hace apelando la medida cautelar recaída en autos el 24 de mayo de 2016 y solicitando se conceda el recurso de apelación con efecto suspensivo.

La fundamentación de los agravios refiere a una medida cautelar dictada que otorga una prestación no prevista dentro de sus obligaciones, sin fundamento y sin previa sustanciación y destacando que el plan médico contratado no reconoce como prestador al Hospital Italiano de la ciudad de Bs. As.

Alude a la falta de arbitrariedad manifiesta y en subsidio informa que, de concederse el recurso con efecto devolutivo, la modalidad de cumplimiento de la medida solicitada será por reintegro exigiendo a la parte actora una serie de recaudos para hacerse de los cheques.

3.

Justifico la apretada síntesis de los agravios, porque resulta al menos desatinado apelar una medida cautelar que no ha sido dictada y que por el contrario fue desestimada a fs. 19/20. Acotaré como otra cuestión que evidencia la informalidad del planteo, que el proceso tramitó por ante esta jurisdicción provincial y no ante un Juzgado Federal de esta ciudad, que

cierto es no existe.

No se comprende porque refiere a una medida cautelar en tanto lo que se le notificó por cédula y con copia, fue la sentencia definitiva dictada en este proceso el día 20 de mayo de 2016, cuestión que no podía serle ajena en tanto transcribe la parte pertinente de la notificación que se le cursó.

De allí que sus argumentos recursivos adolecen desde su inicio, de un error inexcusable para la parte de lo que apela y que lo llevan a sostener que se ha ordenado, sin previa sustanciación, una prestación para la que sostendrá no tiene obligación legal.

Nada dice de la cédula N°97/16, recepcionada en el domicilio de la accionada el 18 de marzo de 2016 y por la que se le corrió traslado de la demanda de amparo.

Tal inobservancia de su parte, la hace incorporar fundamentos que obviamente son propios de una contestación de demanda que no presentó y lo llevan a prescindir de la valoración que, de su conducta procesal, se hace mérito en la sentencia.

En tal sentido vale recordar al apelante que no es aceptable que por el procedimiento recursivo se pretenda hacer valer hechos, que sólo son susceptibles de ser alegados en el momento procesal oportuno (contestación de demanda).

Como consecuencia de ello no puede suponerse que aquel que no contestó la demanda se halle en igual situación procesal que el litigante que se avino a discutir, amplia y cabalmente, los hechos y el derecho, integrando así la relación procesal de autos.

Lo lógico es que se encuentre impedido de efectuar posteriormente, en el escrito de expresión de agravios, tardíos planteamientos, por lo menos sin menoscabo del instituto de la preclusión, sin el cual se desarticula el

andamiaje del debido proceso. *"Si bien es facultad del demandado rebelde interponer recurso de apelación contra los términos de la sentencia que le cause agravios, ello lo es dentro de los términos en que quedó trabada la litis, no siendo factible introducir nuevas cuestiones en la Alzada, pretendiendo retrotraer el estado del proceso a etapas ya superadas, en clara violación del principio de preclusión procesal."*("Barello Ernesto Oscar c/ San Juan Daniel A. s/ Cumplimiento de contrato" - CC0100 - SN 4427 RSD-219-2 S - 30-5-2002. Base elDial.com - W16090).

Conforme el art. 280 del CPCC el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio." *El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cam 2° CCy M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

Ninguna línea de su queja refiere a la real situación procesal de la parte, nada dice respecto a la existencia del vínculo contractual y todas las alegaciones respecto a la inexistencia de obligación legal por estar excluida la prestación del plan de cobertura o la falta de inclusión del Hospital Italiano en la cartilla de prestadores, son cuestiones que han quedado para la parte, por fuera de la materia propuesta a la jueza de grado en el momento procesal oportuno que no es otro y reitero, la contestación de la demanda.

Como bien señaló la magistrada, el PMO es un programa básico y esencial de prestaciones y en tanto no se alegó oportunamente que la práctica requerida se encuentra excluida del Plan Azul 200, entendió que la cobertura resultaba procedente por ser la más adecuada para resguardar la salud del amparado.

En los agravios la queja está dirigida -insisto-, a cuestionar una medida cautelar no dictada y sobre la base de hechos no alegados oportunamente lo que impide cotejar la fundamentación de la señora jueza para demostrar el yerro o la sinrazón de la sentencia, por lo que voy a proponer al Acuerdo se decrete la deserción del recurso de apelación incoado por la demandada. (art. 269 del CPCC).

Las costas serán impuestas al recurrente vencido (art. 69 del CPCC y 17 de la ley V N° 84).

En cuanto a los honorarios del Dr. C., conforme ya es criterio de esta Cámara (entre otras SDL N°03/10 SDL N° 06/10 SDL N°16/10) no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente considerándose su actividad inoficiosa (Cfme. Ure-Finkelberg Honorarios de los Profesionales del Derecho. Pág. 178 Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2009).

Los honorarios de los letrados P. G., G. C. y G. A. D., por la actividad cumplida en esta sede y en su mérito, se establecen en el 27 % en conjunto y proporción de ley, de los que resulten en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales con más el IVA si correspondiera. (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

VOTO a esta cuestión por la **NEGATIVA**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique

Fiordelisi, dijo:

1 – <u>Antecedentes – Sentencia y Agravios</u>

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado en su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de la primera cuestión propuesta al Acuerdo.

2 – <u>El fundamento recursivo y el cumplimiento de sus requisitos</u> 2.1)

Corresponde decidir -en esta primera cuestión- si la presentación efectuada por la demandada a fs. 48/53 satisface los recaudos que exige una fundamentación (conf. art. 268 CPCC) para que sea procedente la apertura del recurso de apelación.

En primer término, el letrado de la recurrente señala en su presentación que este proceso ha tramitado por ante el *"Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Puerto Madryn, Pcia. del Chubut"* (fs. 48). La realidad nos muestra que este proceso fue sustanciado por ante el Juzgado Civil y Comercial de esta ciudad y que, además, no existe aquí, a la fecha, ningún Juzgado Federal.

Luego dice la apelante: *"…vengo… a apelar la medida cautelar recaída en autos de fecha 24 de mayo de 2016…"* (fs. 48). La realidad nos muestra que en estos actuados no solo no se dictó ninguna medida cautelar el 24 de Mayo de 2016 sino que no se dictó ninguna medida cautelar a lo largo de todo el proceso. Inclusive, la que fuera solicitada por la parte actora al promover la acción (fs. 14 vta./15), no fue admitida por la a quo (conf. fs. 19/20).

Continúa su presentación la recurrente transcribiendo la que, según dice, es *"la medida cautelar recaída en autos de fecha 24 de mayo de 2016"* (objeto de su apelación). La realidad nos muestra que lo transcripto es la providencia dictada en autos el 24 de Mayo de 2016 (fs. 42), mediante la cual se ordenó notificar la sentencia definitiva dictada en autos a la parte demandada mediante cédula Ley 22172 con habilitación de días y horas inhábiles (ver fs. 48).

Ante el panorama descripto, tenemos a la vista un recurso de apelación interpuesto contra una "medida cautelar" inexistente y una providencia señalada como objeto del recurso que es la que ordenó notificar la sentencia a la demandada con habilitación de días y horas inhábiles. Ya esto sería suficiente para descalificar la presentación bajo análisis a la luz de lo normado por el art. 268 del ritual.

2.2) Teniendo en cuenta que, conforme surge de fs. 24/25, la parte demandada fue oportunamente notificada del traslado de la demanda y que la misma no hizo uso del derecho que le asistía de contestar la misma, la presentación bajo análisis lejos de ser una "expresión de agravios" constituye una "contestación de demanda" (ver fs. 48 vta./51 vta.), lo cual es inaceptable (arg. art. 268 CPCC). Se advierte que la recurrente expresa y vierte en su fundamentación recursiva una serie de consideraciones, posturas y pretensiones que debió hacer valer y acreditar en la etapa procesal oportuna y no a esta altura del proceso. Es por ello que lejos estamos de contar con una "expresión de agravios" digna de análisis.

2.3) Es de advertir que en ningún momento se hace referencia en la presentación de la recurrente al dictado de la "sentencia definitiva" en este proceso, a la relevante circunstancia que constituye que su parte no haya

contestado la demanda, a las consecuencias que la a quo le atribuyó a su no presentación en el proceso y, en definitiva, a los alcances y fundamentos en los que se ha sustentado la decisión final de la a quo. A la luz de lo que se exige legal, doctrinaria y jurisprudencialmente para la fundamentación del recurso de apelación, es evidente que lejos estamos del cumplimiento de los requisitos que deben necesariamente reunirse en el caso (arg. art. 268 CPCC).

2.4) El cuestionamiento que intenta la recurrente a fs. 51 vta. sobre la improcedencia de la vía del "amparo", resulta claramente inadmisible con solo tener en cuenta que la resolución de V.S. dictada a fs. 19/20 -por la cual se admitió la vía- quedó firme.

2.5) Luego de analizados los dichos de la recurrente no puedo menos que dejar sentado aquí que la expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo "concreto" se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo "razonado" indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del *a quo*, a través de la exposición de las

circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (conf. CNCiv., Sala A, 14/02/80, LL 1980-D, p. 180; ídem, Sala B, 13/06/78, ED 80-378; 15/05/79, LL 1978-C, p. 76; ídem, Sala C, 06/05/75, ED 67-206; LL 1976-A, p. 507, sum. 1671; y demás jurisprud. citada en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Cód.Proc.Civ.Com.", T. III, pág. 351).

La ley requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada esa labor de comprensión, incumbe luego a la parte la tarea de señalar cuál punto del desarrollo argumental mismo ha incurrido en una errata en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica, que llevara al desacierto ulterior concretado en la sentencia. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada.

El apelante debe, por lo tanto, decir con claridad y corrección por qué considera la sentencia injusta, desde que las normas regulatorias del debido proceso que hacen a la esencia de la institución, comportan la necesidad de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de hacer posible el contralor jurisdiccional atribuible a la segunda instancia, a través de un juicio de ponderación razonable y no de la simple contraposición de aserciones, cerrado en sí mismo (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala III, 07/10/74, LL 1975-D, p.426). Nótese que en ningún momento se concreta en los

agravios la demostración clara, terminante y precisa de la injusticia de la sentencia. Es más -valga mi insistencia al respecto- ni siquiera se hace referencia a la "sentencia definitiva" sino que se menciona una "medida cautelar".

Para mí no existe una crítica razonada de los fundamentos que demuestren el error del fallo, dado que falta el necesario desarrollo argumental capaz de cerciorar sobre la pertinencia de lo aseverado y tampoco se ingresa a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho, que a su turno desarrolló la Jueza a quo, en forma completa y acertada.

3 – <u>Conclusión</u>

En atención a que la expresión de agravios contra la sentencia de primera instancia no satisface la carga procesal que prevé el art. 268 del CPCC, procede aplicar lo dispuesto en el art. 269 de dicho cuerpo legal y declarar desierto el recurso. Es mi voto.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su calidad de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC). Con respecto a la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en la segunda instancia, corresponde resolver conforme lo hace en su voto precedente la Sra. Jueza de Villafañe, en virtud de ajustarse ello a las normas aplicables de la Ley Arancelaria y al criterio uniforme de este Cuerpo.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme propuse a la anterior cuestión la deserción del recurso incoado, deviene en abstracto expedirme sobre esta cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

En atención a lo propuesto al tratar la primera cuestión, no corresponde expedirme sobre la segunda.

A LA TERCERA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Fiordelisi el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) DECLARAR desierto el recurso de apelación de fs. 48/53.

2) IMPONER las costas al recurrente vencido (art. 69 CPCC y 17 Ley V N°84). **REGULAR** los honorarios de los letrados P. G., G. C. y G. A. D., en el 27 % en conjunto y proporción de ley, de los que resulten en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales con más el IVA si correspondiera. (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).**SIN** regular honorarios al Ab. G. C. por resultar inoficiosa su actividad profesional.

3) De forma.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar las cuestiones precedentes.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de julio de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **DECLARAR** desierto el recurso de apelación de fs. 48/53.

2) **IMPONER** las costas al recurrente vencido (art. 69 CPCC y 17 Ley V N°84). REGULAR los honorarios de los letrados P. G., G. C. y G. A. D., en el 27 % en conjunto y proporción de ley de los que resulten en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales con más el IVA si correspondiera. (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).**SIN** regular honorarios al Ab. G. C. por resultar inoficiosa su actividad profesional.

3) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDC. CONSTE.