



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA

La Plata, 25 de julio de 2019.

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 10984/2017/CA2, caratulado: “CANOSA, ROBERTO JUAN C/ OBRA SOCIAL SERVICIOS SOCIALES BANCARIOS – (OSBA) S/ PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora.

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Encontrándose reunidos los requisitos previstos en el artículo 153 del C.P.C.C.N. y en los artículos 4 y 7 del RJN, frente a lo peticionado por la Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial N° 1 ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de esta ciudad, quien se presenta y asume su intervención en representación de Roberto Juan Canosa, quien actúa a favor de Esther Lema (v. fs. 95/99), corresponde habilitar la feria.

II. Sentado ello, cabe destacar que las presentes actuaciones llegaron a esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la Obra Social Servicios Sociales Bancarios (OSBA), contra la resolución del juez de primera instancia que amplió la medida cautelar previamente otorgada, y en consecuencia, ordenó a la demandada que proceda a proveer y brindar el 100% de cobertura a favor de su afiliada Esther Lema (D.N.I. 3.584.243) de la medicación TOCILIZUMAB subcutáneo, en razón de una ampolla por semana (tratamiento prolongado), mientras sea prescripta por el médico tratante y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal (v. fs. 84/86 y fs. 78, respectivamente).

III. La recurrente se agravia de lo resuelto por el *a quo*, por cuanto sostiene que constituye un acto jurisdiccional sin fundamento legal ni fáctico, contrario al ordenamiento jurídico. Además, entiende que la resolución impugnada no cumple con los extremos requeridos para el dictado de una medida cautelar conforme lo previsto por el art. 230 del C.P.C.C.N.



Manifiesta que la medicación requerida no ha sido probada para pacientes con la patología que padece la amparista, y que la médica que ha prescripto el tratamiento no integra la cartilla de sus prestadores.

Por último, indica que tratándose de una provisión periódica de medicamentos, la afiliada deberá cumplir con la normativa de la obra social, detallando: la prescripción médica que no supere los 30 días, resumen de historia clínica con evolución del tratamiento y prácticas médicas que demuestren la respuesta terapéutica.

IV. Cabe señalar, que la medida ampliatoria fue dictada como consecuencia de la solicitud efectuada por la parte actora a fs. 77. Allí expuso que la demandada cumplió con el primer período de tratamiento, mientras que según la indicación médica debe continuar con las dosis siguientes, por tratarse de un tratamiento prolongado.

Explicó que la manda judicial fue cumplida con ese alcance, pero no “*hasta tanto se resuelva la cuestión el fondo*” como fuera dispuesto; motivo por el cual solicitó que se intime a la obra social a proveer a la amparista la cobertura total de la medicación en cuestión para su aplicación en las próximas semanas, mientras dure el tratamiento.

Consecuentemente, en atención al requerimiento formulado, se dictó la ampliación que motivó el recurso en análisis.

V. En tales condiciones, es menester señalar que lo ahora discutido es la ampliación de la medida cautelar oportunamente concedida, por lo que corresponde verificar si los presupuestos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora, tenidos oportunamente en cuenta, se mantienen en la actualidad tal como lo determina el art. 230 del CPCCN.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un juicio. La fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (Fallos: 314:713).

VI. 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





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA

materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. “Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 30/09/03).

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

VII. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos.

En tal sentido, el derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - “R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo”). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con



respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

VIII. A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública 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 (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

De igual manera, ha merecido particular atención por parte del constituyente de 1994 ya que el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna estableció el deber de legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

IX. La Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...".

X. Cabe señalar también que el 29 de julio de 2011 fue sancionada la ley 26.689, cuyo objeto principal radica en la promoción del cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes (en adelante, EPF), como así también mejorar su calidad de vida





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE LA PLATA

como la de sus familias. A los efectos de la ley, se consideran EPF a aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una persona en dos mil (1 en 2000), en relación a la situación epidemiológica nacional (artículos 1 y 2, ley 26.689).

En dicha normativa, se ha establecido la obligación de todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados, con independencia de la figura jurídica que posean, de brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

De tal manera, encontrándose acreditado el padecimiento que la amparista sufre de Arteritis Temporal, corresponde destacar que se trata de una Enfermedad Poco Frecuente, conforme el listado elaborado por la Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes.

XI. En el caso de autos, se encuentra acreditado que la amparista, de 83 años de edad, es afiliada a la obra social de servicios bancarios, N° de afiliada (2630) 0267024800 (v. fs. 22).

La arteritis temporal que padece le ha ocasionado disminución de la visión, razón por la cual su médica tratante le ha prescripto el tratamiento con la medicación ya referida (v. fs. 30/32), habiendo determinado que la mejor opción y la más idónea para salvaguardar su estado de salud es el suministro de dicho medicamento.

Previo al inicio de las presentes actuaciones, la amparista remitió oficio extrajudicial a la entidad demandada, a fin de obtener la cobertura requerida (v. fs. 35), pero al no obtener respuesta positiva, se procedió a la interposición de la demanda a fin de obtener las prestaciones exigibles y necesarias para mejorar su calidad de vida, ya que requiere de un tratamiento especializado conforme su particular padecimiento.

La conclusión precedente se refuerza desde el momento en que la médica encargada del tratamiento posee una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que habrá de utilizarse para afrontar la enfermedad, y tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente, por lo que el



control administrativo que realiza la obra social demandada no la autoriza, ni la habilita a imponerle prescripción alguna en contraposición a la elegida por el profesional responsable de aquél.

Por ello, teniendo en cuenta lo expuesto y los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que la conforman, el Tribunal RESUELVE:

1) Habilitar la feria judicial (conf. arts. 4 y 7 del R.J.N.).

2) RECHAZAR el recurso interpuesto, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

