

San Martín, 28 de abril de 2020.

Y VISTOS: CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución del 3/3/2020, en la cual el Sr. juez “a-quo” hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada y ordenó a la Organización de Servicios Directos Empresarios – OSDE- que, dentro del plazo de cinco (5) días, otorgara la cobertura de un sistema alternativo al grupo familiar que brindara, bajo la modalidad “Hogar Permanente”, las prestaciones necesarias para la atención de las patologías que presentaba la señora A.M.B., mediante servicios propios o contratados al 100% de su valor y, en caso de optar la amparista por su permanencia en el hogar “Los Aromos”, la demandada debería cubrir el valor equivalente al fijado por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad en la categoría “A” de Hogar Permanente.

II.- Se agravó la accionada, afirmando que no se encontraba acreditada la verosimilitud en el derecho que el juez de grado consideró existente y consideró que la medida cautelar innovativa como la concedida debía ser otorgada con mayor prudencia, debido a que se confundía con la decisión de fondo.

Sostuvo que la normativa vigente en materia de discapacidad no contemplaba la cobertura de instituciones geriátricas, sino la de “Sistemas Alternativos al Grupo Familiar”, como un hogar, residencia o pequeño hogar.

Expresó que la actora no tenía indicación de un tratamiento médico o de rehabilitación, sino satisfacer sus necesidades de la vida diaria, refiriendo que la ley 24.901 no establecía la cobertura de instituciones geriátricas.

Destacó que OSDE no negó la prestación ante el reclamo recibido por carta documento, sino que había requerido que se llevara adelante una evaluación interdisciplinaria -la que hasta el momento de interponer el recurso de apelación no había podido efectivizarse-, para evaluar las necesidades de la afiliada, las que se cubrirían a través de prestadores propios.

Se quejó también, manifestando que el “a quo” estableció la cobertura de una prestación distinta a la peticionada y que resultaba arbitraria la decisión de fijar el valor del nomenclador nacional, para el caso de que se optara por efectores ajenos a OSDE, cuando en tal caso debía estarse a lo que establecía el plan contratado.

Enfatizó que no correspondía que su mandante cubriera la prestación de internación geriátrica, ni siquiera a los valores fijados en el nomenclador, ya que eran referenciales y no vinculantes para las obras sociales.

También manifestó que la normativa vigente no le imponía a la obra social abonar determinado arancel a los efectores que brindaran servicios de atención a favor de las personas con discapacidad, mucho menos si eran prestadores que no tenían relación con el agente de salud.

Por último, citó jurisprudencia, hizo reserva de reclamar los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse y dejó planteado el caso federal.

Los agravios fueron contestados en legal tiempo y forma por la parte actora y la Sra. Asesora de menores e incapaces (vid expediente digital).

III.- En primer lugar, cabe señalar que no es obligación examinar todos y cada uno de los argumentos propuestos a consideración de la Alzada, sino sólo aquéllos que sean conducentes para fundar sus conclusiones y resulten decisivos para la solución del caso (Fallos: 310:1835, 311:1191, 320:2289 , entre otros; este Tribunal, sala II, causa 1077/2013/CA3, Rta. el 23/8/16; esta sala, causa 119482/2018/CA1, Rta. el 04/02/2019).

IV.- Ello aclarado, debe recordarse que es principio general que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en una causa; y la fundabilidad de la pretensión que configura su objeto, no depende de un conocimiento exhaustivo profundo de la materia controvertida en el juicio principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica.

De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la obligación de no prejuzgar que pesa sobre él, es decir, de no emitir opinión o decisión anticipada a favor de cualquiera de las partes (Fallos: 306:2062 y 314:711).

Para la procedencia genérica de las medidas precautorias son presupuestos de rigor, la verosimilitud del derecho invocado (“fumus bonis iuris”) y el peligro de un daño irreparable (“periculum in mora”), ambos previstos en el Art. 230 del ritual, a los que debe unirse un tercero, la contracautela, establecida para toda clase de medidas cautelares en el Art. 199 del mencionado Código (ésta Sala, causas 601/11, 1844/11, 2131/11 y 2140/11, resueltas el 28/6/11, 27/9/11, 1/11/11 y 8/11/11, respectivamente entre otras). Estos recaudos 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.

En el “sub examine”, la señora María Fernanda Frejtman, en representación de su madre, peticionó una medida cautelar a fin de que se ordenara a OSDE la cobertura de internación en la Residencia Geriátrica “Los Aromos”, donde se encontraba alojada.

De las constancias de autos, se desprende que la Sra. A.M.B., de 83 años de edad, está afiliada a OSDE y posee certificado de discapacidad con diagnóstico de “Demencia no especificada”, con indicación prestacional de “Hogar. Prestaciones de rehabilitación” (vid documentación digitalizada).

También, de la prescripción médica del Dr. Javier Julio Oliverio -clínico-, surge que la paciente padecía de demencia y requería la permanencia en una institución de tercer nivel para su cuidado y tratamiento de las demás comorbilidades (certificado médico del 17/12/2019); por su parte, el Dr. Patricio Cristóbal Rey -psiquiatra-, coincidió con el galeno mencionado anteriormente e indicó “internación en 3er. nivel de tipo crónico” (certificado médico del 19/12/2019).

Además, no puede soslayarse, que en los autos principales OSDE agregó la evaluación interdisciplinaria llevada a cabo por sus médicos auditores, en la cual se concluyó que la paciente, debido a sus serias patologías, requería asistencia y supervisión permanente y que se sugería su institucionalización para seguimiento y control permanente (vid constancias digitales causa principal).

V.- Ahora bien, no puede soslayarse, que la cuestión atañe a valores tales como la preservación de la salud y de la vida misma de las personas, derechos estos reconocidos en los Arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional; también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12; en el Pacto de San José de Costa Rica (Arts. 4 y 5) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6, Inc. 1°), los que tienen rango constitucional (Art. 75, Inc. 22°).

En este sentido, el Alto Tribunal ha destacado la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339 ).

Cabe destacar que la ley nacional de Obras Sociales -23.660-, en su Art.3° prevé que esos organismos destinen sus recursos “en forma prioritaria” a las prestaciones de salud, en tanto que la ley 23.661 fija como objetivo del Sistema Nacional de Seguros de Salud, el otorgamiento de prestaciones que tiendan a procurar la “protección, recuperación y rehabilitación de la salud”; también establece que tales prestaciones asegurarán a los beneficiarios servicios “suficientes y oportunos” (Arts. 2 y 27).

A su vez, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con capacidades especiales para atender a sus necesidades y requerimientos, la cual resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (Arts. 11, 15, 23 y 33) y la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad), dispuso la cobertura de prestaciones de internación.

Igualmente, estableció que estas prestaciones tenían por finalidad brindar requerimientos básicos esenciales (vivienda, alimentación, atención especializada) y destinado -preferentemente- a personas cuya discapacidad y nivel de autovalidamiento e independencia sea dificultosa (punto 2.2.2.).

Sentado ello, en este estado liminar de la causa, no está en discusión la condición de persona con discapacidad ni las patologías de la Sra. A., sino que está controvertida la necesidad de la institucionalización en el hogar requerido y el valor de cobertura establecido por el magistrado de grado.

En cuanto a las quejas en torno de que no surgía en autos constancia médica que indicara que la afiliada requiera la internación geriátrica, no puede soslayarse que los médicos tratantes prescribieron tal indicación, la que fue avalada por la evaluación interdisciplinaria llevada a cabo por la propia demandada.

A tal efecto, cabe destacar el criterio sustentado por este Tribunal en reiteradas oportunidades, donde se puso de resalto lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en la causa 94/13 (Rta. el 19/2/13) en el sentido de que el profesional de la medicina que trata la patología del paciente, es quien, previo efectuar los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados (criterio reiterado por esta Sala en la causa N° 119482/2018, Rta. el 04/02/19, entre otras).

Por otro lado, también se quejó el apelante por entender que no debía admitirse la internación de la afiliada en la residencia "Hogar Los Aromos", cuando se contaba con prestadores propios con cobertura al 100%. Al respecto, si bien es cierto que la institución no es prestadora de OSDE, cabe tener en cuenta que la demandada no denunció ningún prestador contratado que tuviera similares características a la residencia solicitada y que contara con vacantes, limitándose a cuestionar la prestación en el establecimiento requerido y mencionando recién un efector al adjuntar la evaluación interdisciplinaria.

En tales términos y siguiendo el criterio sustentado por esta Sala en diversos casos análogos, corresponde confirmar la cobertura otorgada por el juez de grado (Conf. causas 4114/2017, 2881/2017, 74142/2017 y CCF 6567/2018/1, Rtas. el 15/09/2017, 03/10/2017, 05/12/2017 y 03/04/19, respectivamente; entre muchas otras).

En lo que respecta a las medidas precautorias de carácter innovativo -en cuanto implicarían un anticipo de la garantía jurisdiccional-si bien deben ser juzgadas con mayor estrictez, en casos similares al presente se ha resuelto que, cuando el objeto último de la acción es la protección de la salud de una persona, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria -aun cuando ella sea innovativa-, debe ser menos riguroso que en otros casos, habida cuenta de las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la privación de cobertura médica para el afectado (Confr. esta Sala, causa 14.362/19/1/CA1, del 13/05/19 y su cita).

De modo que, la resistencia de la accionada a cubrir la prestación de internación a los valores fijados cautelarmente, pese a las patologías indicadas en el certificado de discapacidad y prescripción médica expresa, no se condice, prima facie, con el objeto de las normas mencionadas precedentemente.

En este sentido, dentro del prieto ámbito cognoscitivo propio de la instancia cautelar, aparece como verosímil el derecho invocado por la peticionante a la cobertura de la internación en una institución con las características que requiere la atención adecuada para las patologías de su madre.

En lo que respecta a uno de los requisitos básicos de toda medida cautelar, el peligro en la demora, no puede soslayarse que existe el riesgo de que se afecten derechos fundamentales -a la salud y a la vida misma- y todo progreso o mejora de la afiliada merece particular atención, en tanto significa contribuir a brindarle la asistencia adecuada a su patología (Confr. esta Sala, causa 14.362/19/1/CA1, del 13/05/19 y su cita).

Así, considerando que de lo indicado por sus médicos tratantes y sus patologías surge el grave daño a la salud que le podría irrogar a la Sra. A. no contar durante la tramitación del proceso con una internación en la que se le otorgue la atención que requiere, por lo que cabe tener por acreditados los requisitos de procedencia de la medida cautelar, pues dicha aseveración no

permite descartar, en orden al peligro en la demora invocado, eventuales riesgos perjudiciales para su salud si no se cumpliera con ella (Confr.esta Sala, causa 14.362/19/1/CA1, del 13/05/19 y su cita). Ello, sin que importe otorgar a la presente el carácter de una declaración anticipada sobre el fondo de asunto.

Por lo expuesto, este Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución del 3/3/2020, en cuanto fue materia de agravios; con costas en la Alzada a la demandada vencida (Art. 14, ley 16.986).

Regístrese, notifíquese, hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N.

(Acordada 24/13 y ley 26.856) y devuélvase.

NOTA: para dejar constancia que las disposiciones del presente Acuerdo fueron emitidas en forma virtual y electrónica por los señores jueces Juan Pablo Salas, Marcos Morán y Marcelo Darío Fernández, vocales de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, quienes lo suscribieron través de firma electrónica (Ac. CSJN 4/2020, 6/2020, 8/2020, 10/2020, 12/2020 y 13/2020; Ac. CFASM 61/2020 y providencias de presidencia del 20/3/2020, 1/4/2020, 13/4/2020 y 27/4/2020; y DNU 297/2020, 325/2020, 355/2020 y 408/2020).

Secretaría Civil N° 1, 28 de abril de 2020.

GONZALO AUGUSTE

SECRETARIO DE CAMARA

SALAS JUAN PABLO

JUEZ DE CAMARA

FERNANDEZ MARCELO DARIO

JUEZ DE CAMARA

MORÁN MARCOS

JUEZ DE CAMARA