



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B

Mendoza, 11 de febrero de 2019.

Y VISTOS:

Los presentes autos: N° FMZ 50539/2017/1/CA1, caratulados: “INC. APELACIÓN EN AUTOS “APORTA DANIELA PAULA POR SU HIJA MENOR [REDACTED] [REDACTED] APORTA C/ OSDEPYM (OBRA SOCIAL DE EMPRESARIOS, PROFESIONALES Y MONOTRIBUTISTAS) S/ PRESTACIONES MEDICAS”, venidos a esta sala “B” del Juzgado Federal de San Rafael, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la la parte demandada a fs.73/75 vta. contra la resolución de fs. 57/60 vta.; y oídos el Sr. Fiscal Federal Subrogante a fs.54 vta. y el Defensor Público Oficial a fs. 55;

Y CONSIDERANDO:

1º) Que contra el interlocutorio de fs. 57/60 vta. el representante de la demandada, deduce recurso de reposición con apelación en subsidio, a fs. sub. 73/75 vta.

Que la parte demandada expresa como primer agravio que, en el caso de marras, no se cumplen los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida cautelar concedida por el *a quo*.

Afirma que no se encuentra acreditado el *fumus bonis iuris*, ya que su representada ofreció brindar la rehabilitación neurológica necesaria para restablecer la salud de la menor afectada, en un centro de alta complejidad, “Clínica Santa Catalina”, la cual se encuentra incluida en su cartilla médica como prestadora de servicios de salud. Alega asimismo que, ofreció el traslado aéreo adecuado de la paciente a Bs. As.; todo lo cual fue rechazado de manera infundada por la parte actora.

Expone que, la sugerencia que le formularon los médicos tratantes a los padres de la menor sobre la necesidad de ser trasladada al sanatorio FLENI, para su rehabilitación, no obliga bajo ningún término a la demandada a brindar la atención médica requerida con prestadores diferentes de los previstos en su cartilla médica.

A su vez sostiene que, no existe peligro en la demora ya que, en el caso de marras, no hay urgencia ni emergencia médica que justifiquen la medida cautelar ordenada por el *a quo*.

Por todo ello, y demás fundamentos que cabe remitirse en honor a la brevedad, solicita se revoque la medida cautelar dictada y se ordene trasladar a la menor a la Clínica Santa Catalina, Bs. As..



2º) Que corrido el respectivo traslado, la parte actora contesta los agravios a fs. 91/92, cuyos fundamentos cabe remitirse “*brevitatis causae*”; solicitando se rechace la apelación con imposición de costas.

3º) Que se verifica en el caso traído a estudio, que la parte actora interpuso una acción de amparo- con cautelar innovativa- con el objeto de que la demandada (OSDEPYM) otorgue la cobertura integral a [REDACTED] Aporta, debiendo afrontar los costos de internación y tratamiento en el Instituto FLENI; además de los costos y gastos de traslado y estadía de los progenitores de la menor en la provincia de Bs. As.

4º).- Que al momento de resolver el Sr. Juez *a quo* tiene en cuenta que, la actora tiene legitimación para iniciar la acción de amparo y solicitar la medida cautelar de innovar como consecuencia de ser progenitora de la menor afectada y estar afiliada a la obra social OSDEPYM.

Que el magistrado de grado analiza la cautelar requerida, y advierte que se trata de una medida excepcional y temporal.

El judicante resalta que lo que se encuentra en juego en el presente caso, es la salud y vida de la menor discapacitada, concluyendo así que se dan los requisitos necesarios para la procedencia de la cautelar referida.

En cuanto a la verosimilitud en el derecho, el juez de Grado entiende que, conforme los antecedentes médicos y demás pruebas documentales, se encuentra acreditado el gravísimo cuadro de salud que presenta la menor discapacitada.

Explica el magistrado que el peligro en la demora, a su vez, se tiene por comprobado, teniendo en cuenta la patología que presenta la paciente y el riesgo de vida que sufre, por lo que no puede esperarse que finalice la presente causa para proveer a su requerimiento.

Cita jurisprudencia que avala su postura y concluye hacer lugar a la medida cautelar peticionada por la parte actora.

5º) Que, en principio, corresponde destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico vigente el derecho a la salud posee consagración constitucional (art. 42 Constitución Nacional; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, ratificado por ley 23.313 (ED-LA, 1986-A-36), en razón de que tales normas internacionales gozan de jerarquía superior a las leyes internas, según el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, por lo que, la sola posibilidad de que se produzca un agravamiento o abandono de la salud de un habitante justifica atender a los términos de la pretensión a fin de garantizar tal protección.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B

A ello debe sumarse el valor vida involucrado, ya que la dignidad de la persona que requiere la protección resulta ser un objetivo que prima por sobre otros aspectos secundarios que condicionen el cumplimiento del deber de brindar satisfactoria, oportuna y eficiente respuesta a la atención que se requiere.

6º) Que resumidos los antecedentes de la causa e ingresando en el análisis del recurso de apelación, este tribunal entiende que corresponde confirmar la cautelar en crisis, conforme los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se expresan:

aº) Debe recordarse que la finalidad que tienen las medidas cautelares se circunscribe a *“... evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable (...). Es decir que se trata de evitar la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inoocuos los pronunciamientos que den término a los litigios”*. (Novellino, Norberto; Citado en —Medidas Cautelares y Procesos Urgentes||, Digesto Practico La Ley, pág. 56; parágrafo 85; 1ª edición; Bs. As.; año 2001).

En este sentido “no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente vinculadas con el reconocimiento de un derecho ulterior, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.” (cfr. Morello, “Códigos...”, Ed. 1971, T.III, p.60, parág. C.).

Puede afirmarse en consonancia que, la medida innovativa es un decisión excepcional dentro del género cautelar, porque altera el estado de hecho de derecho existente al tiempo de su dictado ya 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: 316:1833; 320:1633; 329:2532; entre muchos otros.).

bº) Respecto de la procedencia de las medidas cautelares, la misma está condicionada a que se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; éste exige que la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el peticionario espera de la sentencia por pronunciarse, no pueda en los hechos realizarse porque a raíz del transcurso del tiempo los efectos del fallo final resulten inoperantes.

cº) Sentado lo anterior y evaluadas las constancias obrantes en la causa, se verifica que la menor se encuentra afiliada a la obra social OSDEPYM y presenta un cuadro patológico de encefalopatía hipoxia secundaria a asfixia; encefalopatía crónica no evolutiva y epasticidad, como consecuencia de un accidente que sufrió al caer en una pileta familiar el día 25/10/2017, en el cual, casi pierde su vida. Consta en autos el certificado de discapacidad a fs. 12.



A su vez se encuentra acreditado el pedido de los médicos tratantes de la menor de traslado al FLENI a fs. 14; y el pedido de cobertura a la obra social demandada, por medio de actas notariales (fs. 2/3; 7/8).

Que, tal como señala el *a-quo*, se encuentra suficientemente configurada la verosimilitud del derecho de la paciente, ya que difícilmente el fallo que recaiga en la causa podrá devolver a la menor el tiempo que se hubiera visto privada de los cuidados necesarios para su salud e integridad psico-física, de no haberse realizado el tratamiento debido.

Es que está sentado con suficiente grado de verosimilitud que la menor presentó un cuadro de salud gravísimo que, ante una falta de tratamiento adecuado, en el lugar indicado por los médicos tratantes, hubiera representado un daño irreparable. Por ello la decisión del traslado en forma urgente al Instituto Fleni, Buenos Aires.

Si los profesionales intervinientes, entre los cuales se encuentran especialistas en neurología, prescribieron la derivación a dicha entidad, es verosímil que allí sea donde se efectúe el control y tratamiento adecuado para la menor. Que si el criterio médico fue éste, no cabe exigir mayores probanzas, máxime cuando la demandada no acredita de manera fehaciente que la “Clínica Santa Catalina” cumplirá sus trabajos de rehabilitación de la misma forma que los realizan los que en actualmente asisten a la menor.

En el mismo sentido, se ha expresado que “*la obra social o medicina prepaga podrá proponer otros prestadores que pertenezcan a su cartilla, siempre que se acredite, por medios idóneos, que éstos cumplirán con sus labores de la misma forma que la realizan los que en la actualidad asisten a al amparista*” (cfr. Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, en los autos N°32618/2015/1-“M.L.O. y otro c/ OSDE s/incidente de apelación”).

Si bien es cierto que la demandada no niega la cobertura médica de la menor, ofrece cumplirla con una prestadora de su cartilla médica, Clínica Santa Catalina; la cual alega que cuenta con una amplia experiencia en rehabilitación neurológica. Sin embargo no ofrece mayores pruebas al respecto, y tan sólo menciona, a fs. 75, un caso de un paciente que la institución trata desde 1.993.

Que conforme lo dispuesto por el art. 39 de la ley 24.901 (Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad) establece que “*Será obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a° Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología...*”.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B

La ley mencionada fija un sistema de prestaciones básicas que amplía los alcances de **rehabilitación** que deben prestar las obras sociales, buscando que la misma sea **integral**.

Asimismo el art. 15 de la normativa referida *ut-supra* define lo que se entiende por prestaciones de rehabilitación al disponer que “*son aquellas que mediante el desarrollo de un **proceso continuo y coordinado** de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y /o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad **alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social...**”.*

A mayor abundamiento, la ley 23.661 crea el Sistema Nacional de Seguros de Salud y sienta como objetivo, el proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales, humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y **rehabilitación de la salud que respondan al mejor nivel de calidad disponible (art. 2)**.

Que, en este sentido, resulta suficiente la prescripción de los propios médicos especialistas en la materia, que afirman que la paciente requiere rehabilitación neurológica urgente en el Instituto Fleni para brindarle las mejores posibilidades de recuperación, por tratarse de un establecimiento médico especializado y con amplia trayectoria en el tratamiento que requiere la menor.

Asimismo cabe destacar, la obligación legal que surge del art. 11 de la ley 24.901, en cabeza de las obras sociales u organizaciones prestadores del servicio de salud, los cuales tienen que proveer todo lo conducente para dar una atención integral de la persona con discapacidad para lograr su rehabilitación, previo sometimiento de los equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal.

Del artículo referido supra se desprende el deber jurídico de informar, por parte de un equipo interdisciplinario perteneciente a la obra social, a fin de conocer las necesidades y requerimientos que se refieren al **contenido de la cobertura** a recibir por parte de la paciente. Obligación no cumplida en el caso de autos.

Para finalizar este aspecto, en casos como el de marras, donde está en juego la salud y su calidad de vida de la menor discapacitada, debe prevalecer, sobre cualquier otra interpretación, la más favorable al interés superior de la misma, aún frente a argumentos de índole económica presupuestaria.

dº) Es que en el caso resulta preponderante el peligro en la demora acreditado en la causa con la documental respectiva, ya que que el derecho a la salud en cuestión, e incluso el



derecho a la vida se encuentran por encima de toda otra discusión; así es que al estar en juego la integridad de la menor el tiempo y los cuidados médicos adecuados son factores determinantes para su debida recuperación.

Que lo expuesto satisface a criterio de este tribunal, el recaudo de la verosimilitud del derecho y peligro en la demora exigidos por el código de rito (arts. 230 y 232 del C.P.C.C.N.). Es que, “los requisitos para la procedencia genérica de las medidas cautelares se hallan relacionados entre sí de tal modo, que **a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del fumus se puede atenuar**” (Cámara Federal Capital, LL, 1984-A, p.265 y 459).

eº) Que en relación con la contracautela, la demandada no expresa ningún motivo por el cual considera insuficiente la caución juratoria prestada por la parte actora, por lo que la misma debe ser confirmada.

fº) Cabe poner de resalto que la solución preliminar que se propone, en tanto ha sido fundada en una análisis meramente periférico de la controversia, no importa adelantar juicio sobre lo que pueda llegar a decidirse en definitiva sobre la cuestión suscitada.

7º) En cuanto a las costas de esta alzada, las mismas se imponen a la obra social recurrente, objetivamente perdidosa. (art.68, 1º parte del C.P.C.C.N.)

Tal decisión de distribución de costas – en un incidente de medida cautelar- se adopta, no obstante a que en casos análogos, se estimaba que debía diferirse hasta el dictado de la sentencia, en atención al resultado obtenido en la presente incidencia y que nada obsta a efectuar tal imposición de costas ahora, por aplicación de lo establecido en el artículo citado, pero difiriendo la cuantificación económica hasta el dictado de la sentencia.

Por todo lo expuesto, **SE RESUELVE**: 1º) **NO HACER LUGAR** a la apelación impetrada por la parte demandada a fs. 73/75 vta., y confirmar, por tanto, la medida cautelar ordenada hasta que se dicte sentencia definitiva. 2º) **IMPONER** las costas de esta Alzada a la parte demandada (Art.68, 1º parte del C.P.C.C.N.) 3º) **DIFERIR** la regulación de honorarios para su oportunidad.

Protocolícese. Notifíquese. Publíquese.

CCo./ech





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA B

Fecha de firma: 11/02/2019

Alta en sistema: 26/02/2019

Firmado por: OLGA PURA ARRABAL - GUSTAVO CASTIÑEIRA DE DIOS - ALFREDO PORRAS, Jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza

Firmado(ante mi) por: PABLO OSCAR QUIROS, Secretario de Cámara

7



#31133222#226008247#20190211135715729