



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

7103/2018

SUSANA c/ FEDERACION MEDICA GREMIAL DE
LA CAPITAL FEDERAL s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2018.- AT

Atento lo solicitado y estado de autos, corresponde expedirse en relación a la medida cautelar solicitada en el escrito de inicio.

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- A fs. 13/19 se presenta la Sra. Eleonora en representación de su madre Susana entablando la presente acción contra FEMEDICA, a fin de que se le brinde la cobertura integral de internación domiciliaria, prestación de enfermería para controlar signos vitales e higiene, asistencia domiciliaria permanente las 24 horas del día, la medicación prescrita a fs. 101/101 vta., provisión de una cama ortopédica y colchón de aire, seguimiento médico semanal, kinesiología respiratoria y motora tres veces por semana y 180 pañales por mes. Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar.

Intimada que fue la accionada a manifestar si brindaría las prestaciones reclamadas en la causa (conf. fs. 20/20 vta.), se presentó a fs. 84/90 vta., oportunidad en la que ofreció brindar, en lo que aquí importa, el 100% de la cobertura de Hogar Permanente en los establecimientos geriátricos ofrecidos en el punto 5.1 de fs. 90 y continuar prestando aquellas indicadas en el punto 5.2 de la pieza mencionada, encontrándose entre ellas: cobertura médica cada diez días, kinesiología motora respiratoria -3 veces por semana-, provisión de pañales -en la cantidad de unidades que prescriba la médica tratante-, cama ortopédica y colchón de aire antiescaras, la medicación de quetiapina.

Tal propuesta fue rechazada por el accionante, de conformidad a lo que surge de la pieza obrante a fs. 95/97, considerando que las



instituciones ofrecidas no cumplen con los requisitos básicos para el tratamiento de las patologías que aquejan a la actora. Asimismo, destaca que los ofrecimientos formulados por la accionada no cubren en forma integral las prestaciones requeridas por los médicos tratantes.

A fs. 99/99 vta. la Defensora Pública Oficial interviene precautoriamente en este proceso y nada objeta a las peticiones realizadas en la demanda.

2.- En primer lugar, corresponde señalar que el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados (*Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Ekmekdjian, Miguel A., "El Derecho a la Dignidad en el Pacto de San José de Costa Rica" y demás trabajos allí citados en "Temas Constitucionales", La Ley, Buenos Aires, 1987, pág. 71 y sgtes.*), y además aquel derecho encuentra adecuada tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos (*conf. Bidart Campos, Germán J. "Estudios Nacionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud", en el Derecho a la Salud en las Américas; Estudio Constitucional Comparado, OPS 1989, Nro. 509; Padilla, Miguel, "Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías", T. II, Abeledo Perrot, 1928, ps. 13/24*), ahora con rango constitucional en nuestro país (*art. 42 de la Constitución Nacional de 1994, normas citadas con anterioridad, que cuentan con jerarquía superior a las leyes de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna*).

Ello así, cabe también poner de resalto que la importancia del derecho a la salud deriva de su condición de imprescindible para el





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

ejercicio de la autonomía personal. Según la Corte Suprema, un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal ha declarado que la atención y asistencia integral de la discapacidad, además de contemplar los compromisos asumidos por el Estado Nacional en cuestiones concernientes a la salud (*conf. doct. Fallos 323:1339 y 3229, 324:3569*) constituye una política pública de nuestro país que debe orientar la decisión de quienes estamos llamados al juzgamiento de esos casos (*conf. Los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Lifschitz, Graciela B. y Otros v. Estado Nacional", L.1153.XXXVII, a los que se remite la Corte Suprema en la sentencia del 15/06/04*).

El derecho a la salud e integridad física está consagrado por la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, cuando establece en su artículo 42 que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud".

También en el artículo 75, inciso 22, que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos, que contemplan el derecho a la salud.

Entre ellos, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En el mismo sentido, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.



Para la Corte Nacional también es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y rehabilitación que requieran las personas.

Esta doctrina tiene en consideración que el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional establece que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de las personas con discapacidad (*conf. Fallos 323:3229*).

En otros términos, se trata de un derecho implícito sin el cual no se podrían ejercer los demás derechos.

3.- Sentado ello, cabe recordar que entre los derechos humanos de las PCD, como lo es la Sra. (conf. certificado de discapacidad agregado a fs. 5), se encuentra, en primer lugar, el derecho a la vida, que según la Corte Suprema es el primer derecho de la persona humana, respecto de la cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*conf. Fallos 323:3229 y CNCCFed., Sala I, causas n° 798/05 antes citada y 11.212/06 del 20/04/10*).

En nuestro país, además de la ley 24.091 de Discapacidad, rige la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, que fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, suscripta por nuestro país y que está vigente a partir de 2000 (ley 25.280). Sus objetivos son la prevención y eliminación de la discriminación para la integración de las PCD.

Más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue suscripta en 2006, ha sido aprobada en 2008 por la ley 26.378, tiene jerarquía constitucional acordada por la ley 27.044 (*B.O. 22.12.14*) y establece que “los países





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

que se unen a la Convención se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en la Convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación”.

A este marco protectorio, cuando se trata de ancianos con discapacidad, como lo es la amparista (95 años), se suma el Protocolo de San Salvador; la Proclamación sobre los Ancianos, párrafo 2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Programa de Acción del Cairo, párrafos 6.16, 6.17, 6.19 y 6.20; la Declaración de Copenhague, párrafo 26 y compromiso 2; el Programa de Acción de Copenhague, párrafo 24, 25 y 40; la Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 101, 106 y 165 y la Agenda Habitat, párrafos 17 y 40.

4.- Entrando ahora al estudio de las prestaciones de salud que deben recibir las PCD, cabe destacar que mientras la ley 23660 crea el Régimen de Organización del Sector de las Obras Sociales, la ley 23661 instituye el Sistema Nacional del Seguro de Salud y articula y coordina los servicios de salud de las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados.

Aquí se impone resaltar que, como criterio rector, el objeto social de las entidades destinadas al cuidado de la salud debe priorizar el compromiso social, sin supeditar el derecho a la salud a las fluctuaciones del mercado ni a las políticas que pretenden "economizar" la salud del paciente (*conf. Barbado, Patricia, La accesibilidad a las prestaciones de salud de las personas con discapacidad según la jurisprudencia, publicado en SJA 03/06/2009*).

En lo concerniente a las obras sociales, la ley 24.901 dispone que tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2), ya sea mediante servicios propios o contratados (art. 6) y estableciendo que en todos los casos la cobertura integral de rehabilitación se deberá brindar con los recursos humanos,



metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera (art. 15).

Contempla también la prestación de servicios específicos, enumerados al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19).

Entre estas prestaciones se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15); terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); y asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18).

También establece prestaciones complementarias (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 35); atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados en el art. 38; estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b), y el inciso d) dispone que los discapacitados recibirán los apoyos brindados por un asistente domiciliario a fin de favorecer su vida autónoma...”.

5.- En relación a la verosimilitud del derecho invocado, no debe olvidarse que este requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (*conf. CNCCFed., Sala I, causas n° 1830/99 del 02/12/99 y 7841/99 del 07/02/00*).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

En este sentido, la ley 24.901 hace inmediatamente operativa la obligación de los agentes de salud y de las empresas médicas de cubrir en forma “integral” las prestaciones que requieren las personas afectadas por una discapacidad (*conf. CNCCFed., Sala I, causa n° 2505/13 del 18/03/14 y Sala 3, causa n° 6917/13 del 25/03/14, entre muchas otras*). Ello, sin perjuicio del alcance que -oportunamente- se precise al momento de dictar sentencia definitiva.

En cuanto a la necesidad de contar la actora con acompañamiento con asistentes domiciliarios las 24 horas del día, cabe consignar que en el reducido marco de conocimiento de una medida cautelar, corresponde tener por satisfecha la necesidad de cubrir tales prestaciones con la indicación expresa del médico tratante mientras se sustancia el proceso (*conf. certificado médico de fs. 108 y CNCCFed., Sala I, causa n° 2.994/11 del 01/06/11 y Sala III, doct. causa n° 4.175/11 del 04/10/11*).

En este sentido y no obstante el ofrecimiento formulado por la accionada a fs. 90, punto 5.1 en cuanto a brindar la cobertura al 100% de la institucionalización de la Sra. _____ en cualquiera de los establecimientos geriátricos allí indicados, no se debe soslayar que, conforme lo ha señalado el Superior reiteradamente, atendiendo a la recomendación de la médico tratante (*conf. certificados médicos precitados a fs. 7/9, fs. 101/101 vta. y fs. 108*), se debe estar a la prescripción del profesional que se encuentra a cargo de la paciente, que es en definitiva responsable del tratamiento indicado (*conf. CNCCFed., Sala I, causa n° 3.181/10 del 16/09/10, causa n° 7112/09 del 03/08/10, causa n° 5265/10 del 16/09/10, causa n° 3687/10 del 02/09/10, causa n° 2150/10 del 27/04/10 y causa n° 3073 del 19/06/07 y CNCCFed., Sala III, causa n° 6.057/10 del 28/10/10 y causa n° 1634/10 del 18/06/10*).

Por otro lado, cabe recordar que si bien la hipótesis de “cuidador a domicilio” no se encuentra prevista en forma taxativa y precisa en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con



Discapacidad, aprobado por la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social, esta prestación debe interpretarse comprendida en la amplitud de tutela fijada por la ley 24.901 (conf. arts. 1 y 2), toda vez que allí se establece un sistema de prestaciones básicas de atención “integral” a favor de las personas discapacitadas, con el objeto de brindarles una cobertura completa a sus necesidades y requerimientos, que tenga en cuenta, además, la índole de la discapacidad que los aqueja (conf. CNCCFed., Sala I, causa n° 2297/02 del 01/11/05).

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, en una primera aproximación y en este estado liminar de las actuaciones, haciendo mérito de la documentación acompañada, discapacidad acreditada, las circunstancias relatadas y acreditadas “*prima facie*” documentadamente y la naturaleza de la cuestión por decidir, corresponde hacer prevalecer el derecho invocado por la demandante, a los fines de evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida.

En ese contexto preliminar, cabe concluir que la concesión de la medida precautoria solicitada no ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida de la actora.

6.- En consecuencia, hácese saber a FEMEDICA que, en el plazo de tres días, deberá cubrir cobertura de las siguientes prestaciones, con el alcance que señalaré a continuación: a) prestación de enfermería para controlar signos vitales e higiene, b) asistencia domiciliaria permanente las 24 horas del día, c) la medicación de risperidona gotas y zolpidem 10 mg prescripta a fs. 101/101 vta., d) seguimiento médico semanal. Ello hasta que se dicte sentencia definitiva, y bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar astreintes.

Respecto al alcance de la prestación de asistente domiciliario precedentemente otorgada, debe estarse a los prestadores de cartilla de





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

la demandada, y en caso de que el accionante elija un agente externo, la cobertura será vía reintegro y según los valores fijados por la resolución 1/2018 de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares y sus futuras actualizaciones (*conf. ley 26.844*).

Con relación a las prestaciones de medicación -quetiapina prescrita a fs. 101/101 vta.-, cama ortopédica y colchón de aire, kinesiología respiratoria y motora tres veces por semana -cfr. fs. 108/108 vta.- y 180 pañales por mes, teniendo en cuenta la documentación agregada a fs. 24, fs. 25/26, fs. 44, fs. 45, fs. 49/53 y demás manifestado por la accionada en el punto 5.2 de fs. 90, no corresponde pronunciarme al respecto.

En lo referido al recaudo establecido en el art. 199 del Código Procesal, resulta suficiente contracautela la caución juratoria de la parte actora, la que se considera prestada con el pedido de la tutela peticionada.

ASÍ DECIDO.

Regístrese y notifíquese por oficio a la demandada, con habilitación de día y hora, con copia de lo aquí decidido, y a la Sra. Defensora Pública Oficial con remisión de la presente causa.

MARCELO BRUNO DOS SANTOS
JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



