



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

2611/2019

**MARTHA CLARA c/ MEDICUS SA s/AMPARO DE
SALUD**

Buenos Aires, 5 de julio de 2019.- MB

Tiénese presente la notificación que se formula y por contestado el traslado ordenado a fs. 73

En atención al estado de autos, corresponde seguidamente, expedirme sobre la medida cautelar solicitada.

AUTOS; VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- A fs. 22/28 y vta. la Sra. Viviana se presentó en representación de la actora Sra. Martha (ver al respecto, la ratificación formulada por esta última a fs. 37) iniciando la presente acción contra MEDICUS S.A. solicitando la cobertura del 100 % de las prestaciones consistentes en internación domiciliaria en forma permanente, con asistencia las 24 horas, las medicaciones prescriptas por los médicos que la asisten y ciento ochenta (180) pañales por mes, con gel antialérgico, barrera antidesbordes.

A fs. 47 se procede a readecuar la demanda, solicitando las prestaciones de asistencia domiciliaria permanente y las medicaciones prescriptas por los médicos tratantes y se desiste de la prestación de cobertura de pañales.

Frente a la intimación ordenada a fs. 50, la demandada a fs. 69/72 y vta. contesta la misma indicando que no hay orden médica alguna que indique la prestación de asistencia domiciliaria permanente y que se encuentra brindado a la actora cuidador domiciliario a razón de seis horas diarias de lunes a viernes, lo que según su auditoría resulta suficiente.

Asimismo, luego de cuestionar el modo en que han sido prescriptos muchos de ellos, rechaza la cobertura del 100 % de la



totalidad de los medicamentos solicitados, admitiendo ese porcentaje sólo respecto de cinco de ellos y reconociendo además la cobertura del 70 % en relación a uno y en cuanto a las restantes medicaciones reclamadas reconoce solo una cobertura del 40 %, pero aclara que en estos dos últimos casos los medicamentos requeridos –y que indica en su contestación- no están relacionados con la patología que padece la actora.

2.- Sentado lo anterior, cuadra señalarse 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 con discapacidad.

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.- Ahora bien, entre los derechos de las PCD, como lo es la Sra. Martha (conf. certificado de discapacidad agregado a fs. 12), 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 aprobada por la 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





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

acordada por la ley 27.044 y establece que *“los países 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 como lo es la actora (86 años conf. fs. 1) 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 23.660 crea el Régimen de Organización del Sector de las Obras Sociales, la ley 23.661 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 el caso, cabe tener en cuenta que las prestaciones requeridas por la actora fueron indicadas por sus médicos tratantes en atención a las patologías que padece (conf. certificado de fs. 16 suscripto por el Dr. Omar A. Pistoia M.N. 66944 y certificados de fs. 17 y 43/44 suscriptos por el Dr. Néstor A. Wainsztein).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

Atento lo manifestado por la demandada a fs. 69 vta, creo oportuno especialmente señalar que del mencionado certificado médico de fs. 44 suscripto por el Dr. Néstor Wainsztein surge con absoluta claridad no solo el diagnóstico de la actora sino especialmente la prescripción de atención domiciliaria permanente.

En este sentido, conforme lo ha señalado el Superior reiteradamente, se debe estar a la recomendación del médico tratante (conf. certificados precitados), que se encuentra a cargo de la paciente y es el profesional, en definitiva, responsable del tratamiento (conf. CNCCFed. Sala I, causa n° 3.181/10 del 16/09/10, causa 7112/09 del 03/08/10, causa 5265/10 del 16/09/10 y sus numerosas citas, 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 Sala III, causa n° 6.057/10 del 28/10/10 y causa n° 1634/10 del 18/06/10 y sus citas).

También corresponde valorar que lo manifestado por la demandada en su contestación de fs. 69/72, no permite **“a esta altura”** liminar del litigio prescindir de la indicación médica del profesional interviniente (conf. certificados de fs. 16, 17 y 44).

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).



Por otra parte, en punto a los medicamentos prescritos, la cuestión traída a esta altura a mi conocimiento remite a aspectos que deberán ser discutidos y evaluados luego de que las partes prueben los extremos que cada una invoca, por lo que, en forma precautoria corresponde otorgar la supremacía al derecho a acceder al sistema de salud (*conf. CNCCFed., Sala I causas n° 2.162/14 del 17/07/14 y sus citas*).

6.- 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.

Sentado ello y por los argumentos expuestos, corresponde acoger la medida solicitada.

En consecuencia, hácese saber a MEDICUS S.A. que, en el plazo de tres días, deberá brindar a la actora -Sra. Martha

la cobertura de la prestación de asistencia domiciliaria permanente a través de un cuidador domiciliario (24 horas) y la cobertura integral (100 %) de los medicamentos prescritos por los médicos tratantes y que se indican en los certificados de fs. 16, 17 y 43/44.

En cuanto al alcance de la prestación de asistencia domiciliaria permanente (24 horas), debe estarse a los prestadores de cartilla de la demandada, y en caso de que la accionante elija un agente externo, la





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

cobertura será 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*).

Ello, hasta tanto se decida la cuestión de fondo con el dictado de la sentencia definitiva.

Todo ello, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar astreintes (*conf. art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación*).

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

ASÍ DECIDO.

Regístrese y notifíquese mediante oficio con habilitación de días y horas inhábiles y copia del presente decisorio.

MARCELO BRUNO DOS SANTOS
JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



