



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

7102/2018

DANIEL c/ OSECAC s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de octubre de 2018. MB/MA

Tiénesse presente lo manifestado respecto a la presentación de la demandada de fs. 31.

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- A fs. 13/20 se presenta el Sr. Marcelo en su calidad de hijo del Sr. Daniel, entablado la presente acción contra OSECAC, a fin de que se le brinde a este último la cobertura en un 100%, sin topes ni límites, de las prestaciones de: a) acompañante terapéutico las 24 horas del día, con cobertura de cuidados domiciliarios en forma permanente y b) las medicaciones prescritas por los médicos tratantes, consistentes en Venlafaxina 75 mg. por día, Novolipol 1 por día y Piribedil D 1 por día (conf. certificados de fs. 8 y 9). Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar.

A fs. 23 -y atento lo ordenado a fs. 21 vta.- la parte actora acompaña un nuevo certificado médico suscripto por el Dr. Ángel MN 76.558, mediante el cual se prescribe al Sr. Daniel la prestación de acompañante terapéutico las 24 horas del día (conf. fs. 22).

Intimada que fue la accionada a manifestar si brindaría las prestaciones reclamadas en la causa (conf. fs. 24), se presentó a fs. 31, oportunidad en la que manifestó que los medicamentos Venlafaxina y Piribedil se encontrarían autorizados -acompañando una constancia de Auditoría Gerencia Médica de OSECAC-, y que el tercer medicamento reclamado no existe. Por las demás prestaciones guardó silencio.

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

Fecha de firma: 23/10/2018

Firmado por: MARCELO BRUNO DOS SANTOS, JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#32393153#219436736#20181022151526410

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, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Ekmekdjian, Miguel A. "El Derechos a la Dignidad en el Pacto de San José de Costa Rica" y demás trabajos allí citados en "Temas Constitucionales", pág. 71 y sgtes. Ed. La Ley, Buenos Aires 1987*), 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 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*).





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

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 los ancianos (*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 el actor, *conf. fs. 6*) se encuentra, en primer lugar, el derecho a la vida, que según la Corte Suprema es el primer derecho de la persona

Fecha de firma: 23/10/2018

Firmado por: MARCELO BRUNO DOS SANTOS, JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#32393153#219436736#20181022151526410

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 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 el actor (88 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 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.

Fecha de firma: 23/10/2018

Firmado por: MARCELO BRUNO DOS SANTOS, JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#32393153#219436736#20181022151526410



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

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

Fecha de firma: 23/10/2018

Firmado por: MARCELO BRUNO DOS SANTOS, JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#32393153#219436736#20181022151526410

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 cuanto 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*).

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 el actor Sr. Daniel Dyk con acompañamiento terapéutico las 24 horas durante los siete días de la semana, con cuidados domiciliarios permanentes, 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. certificados médicos de fs. 8/9 y fs. 22 y CNCCFed., Sala I, causa n° 2.994/11 del 01/06/11 y Sala III, doctr. causa n° 4.175/11 del 04/10/11*).

En este sentido, no se debe soslayar que, conforme lo ha señalado el Superior reiteradamente, atendiendo a la recomendación de los médicos tratantes (*conf. certificados médicos precitados*), se debe estar a la prescripción del profesional que se encuentra a cargo del 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°*





Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

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, cuadra tenerse en cuenta también el silencio guardado por la accionada a fs. 31 en punto al requerimiento de la prestación de acompañamiento terapéutico.

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 el 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 del actor.

6.- En consecuencia, hácese saber a OSECAC que, en el plazo de tres días, deberá brindar al Sr. Daniel la cobertura de la prestación de acompañante terapéutico las 24 horas los siete días de la semana, con cobertura de cuidados domiciliarios en forma permanente, mediante prestador propio, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, y bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar astreintes.

Para el caso de que la accionada no cuente con prestadores propios para brindar la prestación de acompañante terapéutico las 24 horas los siete días de la semana o que la actora elija alguno ajeno a su cartilla, deberá OSECAC cubrirla con el alcance establecido en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad que indica la Resolución Conjunta 4/2018 del Ministerio de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad de acuerdo a la categoría A, prestación “PRESTACIONES DE APOYO” y los eventuales incrementos que la normativa futura pudiera disponer (*conf. CNCCFed., Sala*

Fecha de firma: 23/10/2018

Firmado por: MARCELO BRUNO DOS SANTOS, JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#32393153#219436736#20181022151526410

II, doct. de las causas n° 2711/12 del 20.9.12; 7732/10 del 29.3.12; 9021/11 del 13.4.12; 3285/12 del 13.7.12 y 4289/12 del 30.10.12).

Finalmente, en cuanto a la medicación “Novolipol 1 por día”, habida cuenta lo alegado por la parte demandada en su presentación de fs. 31 en cuanto a su inexistencia en el mercado y el silencio guardado por la parte actora a fs. 36/38 vta., hácese saber a esta última que deberá ratificar o rectificar la medicación peticionada acompañando, en su caso, la respectiva orden médica actualizada y detallada. Asimismo, en tanto la demandada informó, respecto de la cobertura integral (100 %) de la medicación Venlafaxina 75 mg. y Piribedil D1, su autorización, nada corresponde decidir sobre el particular (ver presentación de la parte actora de fs.36/38 vta.).

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, con habilitación de día y hora, con copia de lo aquí decidido.

MARCELO BRUNO DOS SANTOS
JUEZ FEDERAL SUBROGANTE

Fecha de firma: 23/10/2018

Firmado por: MARCELO BRUNO DOS SANTOS, JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



#32393153#219436736#20181022151526410