

Mar del Plata, 03 de abril de 2019.

VISTOS:

Estas actuaciones caratuladas "M., E. E. c/ OSPE s/ Amparo ley 16.986 s/ Inc. de medida cautelar" expediente Nro. 55/2019/1, procedentes del Juzgado Federal Nro. 2, Secretaría Nro. 1, de esta ciudad; Y CONSIDERANDO:

I.- Que arriban los autos al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Roberto Colombo, en su calidad de apoderado de la parte demandada, contra la resolución obrante a fs. 54/56 (fs. 62/70 vta.).

De las constancias obrantes en el expediente se sigue que a raíz de lo solicitado por la amparista en lo atinente a esta incidencia (mediante presentación obrante a fs. 44/53), el Magistrado actuante en primera instancia decretó la medida cautelar solicitada, ordenando a la accionada a proveer la cobertura íntegra al 100% de la CIRUGIA DE BY PASS GASTRICO Y DE ROUX, video laparoscópico, a realizarse con el equipo médico del Dr. Bruno en la Clínica Pueyrredón de Mar del Plata.

Se trata aquí, entonces, de evaluar la apelación interpuesta por la parte demandada, frente al dictado de orden cautelar en resguardo de las necesidades de salud de la amparista.

II.- En su presentación recursiva se agravia el apelante por cuanto resulta ajustada a derecho la negativa de OSPE -a la cobertura de la prestación solicitada- basándose en la normativa vigente, puesto que la amparista no acreditó haber cumplido con los requisitos exigidos por el Decreto No 742/09, puntualmente los 24 meses de tratamiento previos requeridos.

No se negó la prestación, afirma, sino que se le solicitó a la actora la realización de un tratamiento multidisciplinario, no habiéndose presentado ante la OSPE.

Finalmente, alega que en caso de corresponder la cobertura, lo será con prestadores de OSPE. En ese orden, se agravia por la elección del profesional Bruno y la Clínica Pueyrredón, por no ser prestadores de su mandante, no habiéndose justificado que la cirugía deba realizarse con los mismos.

III.- Conferido el traslado pertinente y habiendo sido contestado el mismo -fs. 77 y 78/79 vta., respectivamente-, quedaron los autos en condiciones de ser resueltos, conforme fs. 82.

IV.- Que al entrar a analizar la cuestión traída a estudio, a fin de arribar a una solución ajustada a derecho y a las circunstancias de la causa, debemos valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgiendo así el derecho a la salud, a una buena calidad de vida y a una asistencia médica adecuada, consagrados en la Ley Suprema y en Declaraciones y Tratados Internacionales, que gozan de jerarquía constitucional.

El derecho a una buena calidad de vida tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, siendo la asistencia médica un aspecto fundamental de la misma (cfr. CFAMdP en autos "T, S c/ SAMI s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar", sentencia registrada al T° CXI F° 15.840; "A, Z E c/ INSSJYP y otro s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar", sentencia registrada al T° CX F° 15.687; entre muchos otros).

El Cíbero Tribunal ha sostenido que “(.) El derecho a la salud -máxime cuando se trata de enfermedades graves (.) se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), por lo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (.)” (C.S.J.N. “L. de V., C. V. v. AMI y otros” 02/03/2011, Cita online:70069472).

Es claro que si – como acaece en autos – hay riesgo y el peligro de daño – en este caso a la salud y a una buena calidad de vida – es inminente, la seguridad previsible obliga antes y no después a impedir su generación y, en todo caso, a contar a cargo de quien lo provoca, con las fuentes de financiamiento al padecimiento, que sean oportunas y funcionales.

Bien se ha sostenido en este punto que “(.) resulta fundamental, a fin de propender a la consecución de una tutela que resulte efectiva e inmediata, reposar nuestra mirada en la importancia que tiene el “poder cautelar” para contrarrestar la urgencia que evidencian algunas situaciones excepcionales, a la luz del llamado por Calamandrei: “ordinario iter procesal”, esto es, el tiempo que consume naturalmente el proceso judicial” (Cfr. Rojas, Jorge “Sistemas cautelares”, en AAVV Augusto Morello “Director” “Medidas cautelares” Edit. La Ley, pág.15).

El propio sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales, hoy con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN), refiere la clara directriz de que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (Art. 2, 25 y CC. CADH).

En tal contexto, bueno es resaltar una vez más que el “derecho a la preservación de la salud”, que da fundamento a la orden de cautela aquí puesta en crisis, si bien no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional -con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios-, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados “derechos implícitos” de nuestro ordenamiento jurídico (Art.33 de la Constitución Nacional).

Cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Merece ponerse de resalto además aquí, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido – en subsidio – asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes, y en este contexto no puede de dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que

antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación – “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.”.

Es decir que del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello – y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud – de tomar acciones positivas en su resguardo.

V.- Que, por otra parte, debemos considerar el carácter de la medida cautelar aquí debatida. Recordemos que la finalidad de toda medida cautelar consiste en 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 sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inútiles los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. CFAMdP en autos “Antonio Barillari S.A. s/ Medida Cautelar Autónoma”, sentencia registrada al T° CX F° 15.689; entre otros).

Este tipo de remedio -en este caso innovativo- implica una decisión excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa -que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión- resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. CFAMdP in re “Incidente de apelación de medida cautelar incoado por la Dirección de Salud y Acción Social de la Armada en autos: “R, N A c/ Dirección de Salud y Acción Social de la Armada s/ Amparo”, sentencia registrada al To LXXVII Fo 12.356).

El primero de los recaudos que debe concurrir es el “fumus bonis iuris”, que entendemos que en principio se encuentra acreditado, toda vez que de las constancias obrantes en el expediente dimana “prima facie” que la amparista es afiliada a la obra social accionada, su diagnóstico, el resumen de historia clínica, estudios realizados, informes y el certificado médico que prescribe la realización de la cirugía requerida (fs.1, 6/8, 9/27, 28, 30/32, 33, 34/37, 41, 42 y 43).

En relación al peligro en la demora consideramos que, sin incurrir en prejuzgamiento, el perjuicio es inminente, responde a una necesidad efectiva y actual y ante la posibilidad que la accionante triunfe en su reclamo, estimamos que revocar la medida cautelar decretada le ocasionaría un perjuicio que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría imposible subsanar una circunstancia que deviene agotada por el transcurso del tiempo.

En cuanto al agravio relativo a la ausencia de cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto No 742/09 (en el caso de marras, no haberse cumplido con la acreditación de 24 meses previos de tratamiento multidisciplinario), consideramos que el sentido común indica como excesivo requerirle a un paciente -con las enfermedades de la amparista- la acreditación

mensual (con certificados médicos) de esos tratamientos, cuando -en definitiva- lo más probable es que durante esos años previos a este tipo de cirugías los pacientes no tengan en miras realizar una cirugía bariátrica, sino mejorar su salud mediante el descenso de peso, debiendo rechazarse este planteo. Por otra parte, a fs. 37 la certificación del Dr. Bruno se refiere a tratamientos anteriores seguidos “durante años”, en concordancia con lo detallado a fs. 29/32 y 33/34 por otros profesionales de la salud.

Ahora bien, respecto al agravio dirigido a cuestionar el prestador elegido por la actora por tratarse de uno fuera de la cartilla de la accionada, estimamos que es aplicable al caso de autos el criterio sostenido por la Alzada en autos “F. S. c. U.P. s/ Amparo” expte. 12.107 del Reg. Int. Resolución del 12 de noviembre de 2009, donde se indicó que resulta aconsejable no introducir cambios en el tratamiento aludido, al menos hasta que se decida la cuestión de fondo, máxime cuando esa terapia ha tenido principio de ejecución.

Por lo expuesto, corresponde rechazar -en esta instancia cautelar- los agravios analizados.

Cabe aquí agregar además de lo antes narrado, que los agravios vertidos por el recurrente no logran conmover la solidez de la providencia atacada, al no adentrarse en el ataque de aquellos argumentos del decisorio en cuestión, que tienen por bien fundada la procedencia de los recaudos de la cautelar dictada.

A partir de una apreciación atenta de la realidad aquí comprometida, a nuestro juicio, es procedente, por ahora, el mantenimiento de la medida cautelar decretada en primera instancia; ello, sin que éste pronunciamiento implique sentar posición frente a la cuestión de fondo.

Finalmente, resaltamos en este punto lo indicado por nuestro más Alto Tribunal de Justicia en forma conteste, en el sentido de que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importa prejuicio (Cfr. CSJN en Autos “Camacho Acosta, M c/Graffi Graf SRL” del 7/8/1997).

VI.- Respecto del tema de las costas, no encontramos razones que inviten a apartarnos de la regla general de imposición al vencido, atento la derivación expresamente efectuada por el Art. 17 de la ley 16.986, con cuya remisión consagra también el principio objetivo de la derrota, como regla básica de actuación en el punto, que es la que consideramos aquí aplicable.

Por todo lo expuesto, este Tribunal RESUELVE:

Rechazar la apelación interpuesta y confirmar la resolución atacada, en todo cuanto fue objeto de recurso, con imposición de costas de Alzada al recurrente vencido (art. 14 Ley 16.986).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N.

ALEJANDRO OSVALDO TAZZA

JIMENEZ EDUARDO PABLO