

## Accion De Amparo Obra Social Medida Cautelar

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Obra social. Medida cautelar

Se hace

lugar a la medida cautelar peticionada en el marco de una acción de amparo, incoada a fin de que la accionada sufrague los gastos de internación en un geriátrico de una persona con discapacidad. En Lomas de Zamora, a los 31 días del mes de octubre de 2018, reunidos en Acuerdo Ordinario los Jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, integrando en este caso la Sala Tercera la Dra. Rosa María Caram, el Dr. Guillermo Fabián Rabino, y el Dr. Javier Alejandro Rodiño (arts. 35 y 36 de la ley 5827) con la presencia del Secretario del Tribunal se trajo a despacho para dictar sentencia la causa número: AV-11587-2018, caratulada: ?WOSKOBOYNIK, ALICIA Y OTRO/A C/ ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIALES (OSDE) S/ AMPARO?. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial del mismo Estado, la Cámara resolvió votar las siguientes: CUESTIONES: 1º) ¿Es justa la sentencia apelada? 2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley (art. 263, ?in fine? del C.P.C. y C.); dio el siguiente orden de votación: Dra. Rosa María Caram, Dr. Guillermo Fabián Rabino y Javier Alejandro Rodiño. VOTACION A la primera cuestión, la Dra. Rosa María Caram dijo: I.- Antecedentes - Sentencia - Agravios. a) El Tribunal de Trabajo Nro. 2 de Avellaneda dictó resolución en estos actuados, rechazando la medida cautelar solicitada por las Sras. Alicia y Silvia Woskboyni, ambas en representación de su madre Corina Capitani contra Organización de Servicios Directos Empresariales (OSDE). b) El mentado decisorio resultó apelado por la amparista a fs. 45, siéndole concedido el recurso a fs. 48, obrando el fundamento de la vía impugnatoria glosada a fs. 45/46.- c) La reclamante centra sus agravios en torno a la decisión arribada en la anterior instancia mediante la cual se procede al rechazo de la medida cautelar oportunamente solicitada. Hace hincapié que en el particular se da una situación concreta de una persona con discapacidad, con prescripción médica que lo avala, una imposibilidad económica de seguir costearo el pago del geriátrico, así como la circunstancia de haber agotado los pasos establecidos por OSDE, razones estas que conllevan a admitir la medida solicitada, pues de lo contrario estaríamos en presencia de una clara desidia a la situación planteada y en clara contradicción a la protección cautelar del derecho a la salud que debe otorgarse con amplitud, precisamente para evitar los daños o sus agravamientos. Por lo expuesto, solicita se revoque el fallo recaído en autos y se ordene decretar la medida cautelar solicitada. c) A fs. 59, se llamaron autos para sentencia, providencia que se encuentra firme (art. 270 del C.P.C.C.), por lo que el expediente ha quedado en condiciones de resolver.- II.- Procedencia de la medida cautelar. La medida innovativa es aquella cautela excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado. Se traduce en la injerencia del Juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. A diferencia de otro tipo de aseguramientos, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente (cfr. de Lazzari, Eduardo N., ?Medidas Cautelares?, Librería Editora Platense, t. 1, 1995, pág. 580, pto. IV).- En cuanto a los presupuestos de su andamiento, a más de los tradicionales; a saber: a)verosimilitud del derecho invocado, b)peligro en la demora y, c) el otorgamiento de una contracautela, cabe agregar el de la irreparabilidad del perjuicio, como elemento propio y característico que la distingue (cfr. obra y autor citado, pág. 581; C.A.L.Z., esta Sala, causa n° 508, S. 13-4-2009).- En el caso de autos, el relato de los hechos concretado por las amparistas sumado a los instrumentos glosados a la causa, autorizan -a criterio de este Tribunal- al dictado de la medida peticionada en los términos solicitados, habida cuenta que se encuentran reunidos ?prima facie? los requisitos aludidos en el párrafo precedente; aunque, claro está, desde la perspectiva del conocimiento sumario, provisional y no exhaustivo de la temática implicada (arg. arts. 195, 230, 375, 384 y ccs. del Digesto Procesal C. y C.; arts. 9 y 23 de la ley 13.928, texto actualizado con las modificaciones introducidas por ley 14.192; Capítulo VI de la ley 24.901; art. 7° de la ley 26.682).- Y ello sin desmedro de tratarse la cautelar peticionada de la misma prestación demandada en definitiva, ya que la naturaleza del asunto en juego no puede ser óbice para otorgarla como ?tutela anticipada? (cfr. CC0003 ME, causa n° 579, RSI-5-10, S. 1-12-2009; ídem: esta Sala, causa n° 2.288, S. 31-3-2011); máxime cuando el proceso debe continuar hasta el dictado de la sentencia definitiva a fin de que la demandada ejerza su derecho de defensa; y con ello determinar en grado de certeza si se tuvo o no derecho a obtener aquello que se entregó cautelarmente (cfr. ?Sistemas Cautelares y Procesos Urgentes - Segunda Parte?, 2010-I, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 384/85, jurisprud. anotada ?Medida innovativa y amparo? por Roland Arazi).- Ciertamente, el anticipo de jurisdicción de la medida cautelar innovativa no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta de la demandante, sino que sólo lleva ínsita una evaluación apriorística del peligro de la permanencia en la situación actual; y todo ello en el marco que caracteriza a las medidas

precautorias, es decir, el de crear un estado jurídico provisional, susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del proceso, al variar los presupuestos de la traba o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia del mantenimiento de las cautelares decretadas (cfr. CC0203 LP, A. 43.450, RSI-819-94, S. 29-12-94). En consecuencia, VOTO POR LA NEGATIVA. A la primera cuestión, el Dr. Guillermo Fabián Rabino, dijo: I.- Disiento con el voto de mi distinguida colega que me ha precedido. En efecto, he sostenido en precedentes que guardan analogía con el presente que no puede soslayarse el deber que impone a este Órgano Jurisdiccional examinar de oficio si se configura o no un supuesto de competencia propia de la justicia federal, ello en atención a la naturaleza de excepción de la misma y por estar en juego razones de orden público (cfr. C.A.L.Z., Sala II, Causa N°41.355, s. del 19-5-2011 y Causa N°42.161, S. del 30-12-2011).- Conviene recordar que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que la actora hace en la demanda y, solo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión (Cfr. SCBA, causas B 68578, res. del 26-4-2006; B 68969, res. de 7-III- 2007; B. 69.468, res. de 27-II-2008; C.A.L.Z., Sala II, Causas N°41.355 y 42.161, antes citadas).- En ese orden de ideas, y conforme surge de los términos del libelo introductorio, el objeto de la acción constitucional promovida lo constituye el incumplimiento, reputado como manifiestamente arbitrario e ilegal por las amparistas, que emana de un sujeto privado cual es, la prestadora de medicina prepaga ?OSDE?.- En efecto, las actoras -en representación de su madre- han articulado la presente acción contra la mentada institución de medicina prepaga, requiriendo la cobertura total del pago por internación en un establecimiento geriátrico de la Sra. Corina Capitani, de 92 años, pues según argumentan, la naturaleza de la patología que presenta -demencia señil, hipotiroidismo, incontinencia de esfínteres, entre otras- no admite dilaciones (v. fs. 28).- A fin de esclarecer la cuestión planteada, no puede soslayarse lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades, sosteniendo que corresponde que las cuestiones concernientes al alcance de la cobertura médico -asistencial que las obras sociales o prestadoras privadas de servicios médicos brindan a sus afiliados, sean ventiladas por ante la justicia federal en razón de la materia, en tanto se encuentran regidas por las normas que regulan el servicio nacional de salud (leyes 23.660 y 23.661) de ineludible naturaleza federal (CSJN Fallos 326:3006; 326:3535; 328:4095).- Sobre el particular y en situaciones análogas a las planteadas en el caso de marras, el alto tribunal ha fallado de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador General de la Nación quien, al expedirse sobre el particular, dejó sentada su postura afirmando que : ?...debe declararse la competencia del fuero civil y comercial federal para entender en las actuaciones, por encontrarse en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al establecer la prestación médica obligatoria, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos, en razón de que la ley 24.754 hizo extensivas las prestaciones básicas implementadas por las leyes 23.660, 23.661 y sus reglamentaciones a prestadoras privadas, doctrina de fallos 312:985; 320:42; 324:2078 (ver CSJN, Causas ?Waage, Rolando Bernardo c/ Omint S.A s/ Amparo Sumarísimo? del 16-9-2003 publicada en fallos 326:3535; ?Kogan Jonathan c/ Swiss Medical S.A s/ Amparo? del 25-11-2005 con voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt; Juan Carlos Maqueda y Ricardo Luis Lorenzetti; cfr. C.A.L.Z., Sala II, Causas N°41.355 y 42.161, antes citadas).- En igual sentido y en favor de la intervención de la justicia civil y comercial federal, con similares argumentos se han pronunciado distintos Tribunales Nacionales (Cam. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, ?Torres, Carlos R. c/ Unión Personal Accord Salud? del 16-5-2006; Cam. Nac. de Apelaciones en lo Civil Sala K, ?S. R. c/ Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires? del 28-5-2003, ?S.J c/ Sociedad Española de beneficencia Hospital Español? del 18-7- 2003, publicado en La Ley 2003-E, 109; ?S.R. c/ Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires? del 28-5-2003 publicado en La Ley 2003 E, 656, entre muchos otros).- En atención a los fundamentos vertidos ?ut supra? en favor de la intervención de la justicia federal, en situaciones que guardan relación con la debatida en autos, corresponde declarar que es la justicia federal la que debe intervenir, siendo aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo, máxime ante las particularidades que la presente causa evidencia, y que resultan de trascendencia para arribar a la conclusión adelantada.- En efecto, no escapa al conocimiento del suscripto la naturaleza de los derechos de raigambre constitucional cuya protección se pretende -derecho a la salud, al bienestar y a la igualdad, a un adecuado acceso a la atención sanitaria- por lo que la acción constitucional de amparo precisamente se presenta como un derecho- garantía (ver María Angelica Gelli, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, ed. La Ley Bs. As. 2003, p. 390) que opera como un verdadero ?instrumento técnico de arsenal procesal mas confiable y efectivo, para alcanzar, en tiempo oportuno, la tutela judicial debida, una técnica de resguardo puntual, una garantía fuerte? (conf. Augusto Morello; Todos los jueces están habilitados para conocer del amparo?, nota a fallo de la S.C.J.B.A. en J.A. Buenos Aires, 30-3-2005-I, suplemento de derecho administrativo, fas. 13, ps. 81/82) y todo ello enmarcado dentro de un auténtico modelo de justicia efectiva, oportuna, temprana, de satisfacción inmediata y mas aún frente a reclamos efectuados para proteger a la persona vulnerable, que en razón de su propia vulnerabilidad requiere de particular tutela (Augusto Mario Morello, ?La

Corte Suprema y la Justicia de protección? en revista jurídica ?El derecho? -Serie especial derecho constitucional-, Bs. As. 28 de marzo de 2005; y del mismo autor ?El derecho y las personas vulnerables?. ?El rol del amparo como garantía efectiva de tutela? en El Derecho Bs. As., 10-10-2003, ps 3/4 y ?El amparo como técnica procesal principal de protección de la salud?, nota a fallo en LLBA 200 2-405; Miguel Kottow, ?Vulnerabilidad, susceptibilidades y bioética?, en revista jurídica ?Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina?, Número especial bioética, Buenos Aires, 23 de Julio de 2003, ps. 23 y ss; cfr. C.A.L.Z., Sala II, Causas N°41.355 y 42.161, antes citadas).- A ese orden de ideas sólo he de adunar que la demandada en tanto prestadora de servicios médicos, se inserta en el entramado de instituciones; organismos y sujetos que conforman la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, siendo la autoridad de aplicación de dichas empresas -en cuanto al cumplimiento de la ley- el Ministerio de Salud de la Nación (art.4° de la ley 26.682) y siendo que la pretensión objeto de la presente acción exige precisar el sentido y alcance de la norma citada, reglamentos y decisiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, todo ello impone la competencia ?ratione materiae? de la jurisdicción federal.(conf. Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil Sala K en autos ?W.R.B.c/Omint S.A.s/amparo?)- Desde otro mirador, y si bien no me pasa inadvertido que en una acción de amparo pueden existir motivos en los cuales, la índole de la cuestión -por su urgencia o gravedad- justifiquen mantener la competencia de la justicia local para entender en la contienda, mas según aprecio, no es el supuesto de autos.- En efecto; ha decidido el Superior Tribunal Provincial que cuando en determinada controversia se encuentra en juego la competencia federal -tal como en el caso sucede-, el tema debe considerarse indisponible para las partes, ya que se ofrece con los caracteres de un impedimento que, más allá de comportar una cuestión de competencia, toca la demarcación misma con que la Constitución Nacional distribuye las posibilidades jurisdiccionales entre la Nación y las Provincias, con oportunidad siempre presente y en cualquier estado del juicio para restablecerla en su regularidad de oficio (conf. S.C.B.A, LP B-69.266 del 19-09-2007, entre otras).- Conforme con ello, estimo entonces que atender a la cuestión de la competencia, en el particular, en modo alguno vulnera la manda constitucional que exige a los poderes del estado asegurar al ciudadano una tutela real y efectiva que garantice el acceso oportuno y concreto a la justicia; máxime cuando las constancias de la causa revelan que no obstante la desestimación propiciada en la anterior instancia, la internación de la Sra. Capitani que constituyó el objeto de la medida solicitada, se encuentra concretada en el hogar requerido por las amparistas (art. 43 de la Const. Nac. y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).- En síntesis; no se advierten motivos de relevancia que justifiquen apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia Nacional sobre la competencia en casos como el presente, lo que implicaría por consiguiente, una inadecuada intromisión en cuestiones que se encuentran bajo la órbita de conocimiento de los tribunales de la nación.- En tal inteligencia, en virtud del examen efectuado respecto de la cuestión de competencia, de las especiales características que presenta la materia de este proceso, propongo al Acuerdo, si mi voto es compartido, que continúe interviniendo en el mismo la justicia federal (art. 34, inc. 5°, apart. ?b? del Código Procesal; C.C.0103 MO 145.149, RSD 10-10, S. 11-2-2010, JUBA B1408259; cfr. C.A.L.Z., Sala II, Causa N°42.580, I. del 14-8-2012).- En consecuencia, VOTO POR LA NEGATIVA. A la primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dijo: Adhiero al voto de la Dra. Caram, en tanto los argumentos por ella esgrimidos se compadecen sustancialmente con los sostenidos por el suscripto al decidir -en la Sala que naturalmente integro- casos de similares características al presente. Sin embargo, atendiendo los fundamentos jurídicos que sustentaran la disidencia que motiva mi intervención, habré de agregar que habiéndose entablado la demanda ante la justicia ordinaria, considero que el estado preliminar del proceso, el marco del recurso, y los delicados intereses en juego tornan prematura la declaración oficiosa de incompetencia que se propone en el voto que me precede. Ello así, por cuanto el recurso concedido en la instancia de grado lo ha sido contra la resolución que desestimara la medida cautelar requerida por la amparista, sin que hasta el presente se hubiese dado intervención o escuchado a la contraparte quien, vale señalar, podría consentir la atribución de competencia que contiene la pretensión de la accionante. (doc. art. 2 del CPCC) En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha señalado que ?...Las personas en cuyo beneficio y garantía ha sido establecida la competencia federal pueden renunciar a ese derecho, y será en estas situaciones de prorrogabilidad cuando surge la jurisdicción concurrente. En el supuesto en que la persona que tiene derecho a la justicia federal sea demandada ante jueces locales, podrá consentir dicha jurisdicción y contestar demanda sin oponer excepciones, pero, por el contrario, no podrá en ningún caso renunciar la jurisdicción federal cuando ha sido demandado ante los tribunales federales?. (cfr. CSJN, Fallos: 330:1807, autos: ?BANCO DE LA NACION ARGENTINA c/ CORDOBA, PROVINCIA DE s/ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (SELLOS)?, sentencia del 17/04/2007) A esto debe agregarse que, conforme lo dispone el art. 196 del Código Ritual, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones del código ritual, aunque su dictado no prorrogará su competencia; de modo tal que -en última instancia- la cuestión cautelar traída hoy a decisión de este Tribunal no vedaría la ulterior revisión de la competencia, una vez integrada la Litis. Sumado ello a la amplitud de competencia que determina 3 de la ley 13.928 -que a su vez recepta el espíritu del art. 42 de la Constitución Nacional- a los efectos de que esta

expedita acción no encuentre valladares procesales que obsten al pleno ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, es que interpreto adecuado mantener en esta primigenia etapa del proceso la competencia de la justicia ordinaria. Dicho cuanto antecede, y puntualmente en lo que es motivo central del recurso, corresponde recordar que constituye un presupuesto común para la procedencia de toda medida cautelar acreditar tanto la verosimilitud del derecho invocado, como el peligro en la demora. En este sentido, reiteradamente a dicho la Corte Suprema que las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud; es más, agrega, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede de lo hipotético, dentro del cual, igualmente, agota su virtualidad. (CSJN, Fallos 306:2000) De la documentación obrante a fs. 9/10 surge que la actora es afiliada a la accionada Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE). Asimismo, de los certificados médicos y de discapacidad que lucen agregados a fs. 6/22 se aprecia el cuadro de deterioro físico que padece -Alzheimer avanzado, EPOC e Incontinencia de esfínteres-, y por el cual la médica tratante (Dra. Mariela Laura Palacios) recomendara su internación geriátrica. Por su lado, obra a fs. 15 la denegatoria de la solicitud efectuada ante la demandada, quien ofrece alternativas a la recomendación médica más no otorga la internación solicitada, ni ofrece su cobertura económica. Sobre este tópico, la jurisprudencia ha resuelto que ?...en el estado de salud prima facie acreditado por la actora no es pertinente -en este estado liminar del proceso- decidir sobre el planteo vinculado con que no le corresponde a OSDE brindar la internación de la actora en un geriátrico, cuando la propia ley 24.091 establece que las Obras Sociales deberán brindar con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas que necesiten las personas con discapacidad, y tal cuestión deberá ser examinada por el magistrado de la anterior instancia de la sentencia definitiva. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 3 4.101./08, del 14/10/08 ?D., D. E. c/ Osde s/ Amparo?). Siguiendo estos lineamientos, también se ha dicho que si la actora ha acreditado su discapacidad conforme certificado expedido en los términos de la ley 24.901, la obligación de las prepagas a cubrir las prestaciones de dicha ley que en su artículo 7 establece además de las prácticas vinculadas con la rehabilitación del paciente, la cobertura de prestaciones asistenciales -hábitat, alimentación y atención especializada-, entre las cuales se encontraría prima facie la internación geriátrica corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada en dichos términos ( conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 2, T. M. L. J. C/ MEDICUS SA S/ INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR., 4/02/14). En plena coincidencia con la jurisprudencia citada y teniendo en cuenta que con los elementos obrantes en esta etapa cautelar y en el acotado margen de apreciación que impone esta fase preliminar, he de darle prevalencia a la situación de salud de la accionante y a la necesidad de evitar y prevenir un perjuicio irreparable. Por lo que hallándose, a mi criterio, debidamente acreditada la verosimilitud del derecho invocado por la recurrente, como así también el peligro en la demora que viene dado precisamente por tal cuadro de salud descripto, adhiero al voto que abre el acuerdo inclinándome también por admitir la medida cautelar requerida. **VOTO POR LA NEGATIVA** A la segunda cuestión, la Dra. Rosa María Caram expresó: Visto el acuerdo, por mayoría, logrado al tratar la cuestión anterior, corresponde revocar la resolución dictada a fs. 41/43. En consecuencia, cabe hacer lugar a la medida cautelar solicitada en los términos de los artículos 195 y ccds. del C.P.C.C. por las Señoras Alicia y Silvia Woskoboynik, en representación de su madre Corina Capitani contra Organización de Servicios Directos Empresariales (OSDE), a quien se condena a dar cumplimiento con la medida dispuesta en el plazo perentorio de cuarenta y ocho horas (48 hs.), bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Sin costas, atento la índole de la cuestión debatida. **ASI LO VOTO** A la segunda cuestión, los Dres. Guillermo Fabián Rabino y Javier Alejandro Rodiño, expresaron que: **VOTAN EN IGUAL SENTIDO** Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: **SENTENCIA** Que en el Acuerdo celebrado quedó establecido: Que la apelada resolución de fojas 41/43, debe revocarse. **POR ELLO:** Y fundamentos consignados en el Acuerdo, revócase la resolución de fs. 41/43. En consecuencia, corresponde hacer lugar a la medida cautelar que fuera solicitada en los términos de los artículos 195 y ccds. del C.P.C.C por las Sras. Alicia y Silvia Woskoboynik, en representación de su madre Corina Capitani contra Organización de Servicios Directos Empresariales (OSDE), a quien se condena a dar cumplimiento con la medida dispuesta en el plazo perentorio de cuarenta y ocho horas (48 hs.), bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Sin costas, atento la índole de la cuestión debatida. Regístrese. Notifíquese por cédula en formato papel conforme lo dispuesto por el art. 143 del C.P.C.C. y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones al juzgado de origen.-

036044E