

## Acción De Amparo Cobertura Integral Y Permanente De Insumo

### JURISPRUDENCIA

### Acción de amparo. Cobertura integral y permanente de insumo

Se revoca el proveído mediante el cual se dispuso rechazar la medida cautelar solicitada. En la Ciudad de Córdoba a ocho días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida en Acuerdo la Sala "B" de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial para dictar sentencia en estos autos caratulados: "K., C. A. c/ OSDE s/ PRESTACIONES MEDICAS" (Expte. N° FCB 35611/2019/CA1) venidos a conocimiento y decisión del Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora (fs. 52/65), contra el proveído dictado con fecha 26 de agosto de 2019 por el señor Juez Federal n° 2 de Córdoba, mediante la cual dispuso rechazar la medida cautelar solicitada (fs.36).- Puestos los autos a resolución de la Sala los señores Jueces emiten sus votos en el siguiente orden: ABEL G. SANCHEZ TORRES - LILIANA NAVARRO - LUIS ROBERTO RUEDA. El señor Juez de Cámara, doctor ABEL G. SANCHEZ TORRES, dijo: I.- Previo a ingresar al estudio del remedio impugnativo incoado por la parte actora corresponde realizar una breve descripción los hechos de la causa para un mejor análisis y resolución de la misma.- La presente acción de amparo fue iniciada con fecha 22/08/2019 por el señor K., C.A. con el patrocinio letrado de la doctora Ana Miserere en contra de la Obra Social "Organización de Servicios Directos Empresarios" (OSDE) con el objeto de obtener por parte de la demandada la cobertura integral permanente y gratuita del insumo (monitor) denominado "Freestyle Libre Kit de Inicio" (1 lector más 2 sensores), de acuerdo al control que indiquen los médicos tratantes, ello sujeto a la evolución de su enfermedad. Cita en su favor los antecedentes del caso. Invoca Tratados Internacionales, además de jurisprudencia y normativa nacional en aval de su petición. Solicita medida cautelar. Plantea reserva del caso federal (fs. 27/35vta.).- Con fecha 26/08/2019 el juez de grado, luego de declarar su competencia para entender en la causa, tiene por iniciada la acción de amparo y rechaza la precautoria solicitada por considerar que no se encuentran configurados los requisitos para su concesión (fs.36).- II.- Contra dicho decisorio, deduce recurso de apelación la demandante. Se agravia por cuanto entiende configurada la verosimilitud del derecho atento que el dispositivo requerido está aprobado y expresamente autorizado por la autoridad de aplicación (ANMAT). Por otro lado, aduce que el peligro en la demora es ostensible atento que se encuentran acreditados en autos los perjuicios que el aplazamiento generarían. Cita jurisprudencia e invoca tratados internacionales a favor de su posición. Acompaña documental. Hace reserva del caso federal (fs. 52/65).- Arribados los autos a esta Alzada, con fecha 05/09/2019, se corre vista al señor Fiscal General, quien manifiesta que nada tiene que observar respecto del control de legalidad que le compete (fs. 69vta.), quedando la causa en estado de ser resuelta (fs. 70).- III.- A mérito de lo reseñado, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si corresponde o no el rechazo de la tutela cautelar requerida tal como se dispuso en la instancia de grado.- IV.- En relación a la "verosimilitud del derecho", se debe tener presente que constituye uno de los requisitos comunes a todas las cautelares y concierne a la apariencia que presenta el derecho invocado por el pretensor de la medida. Es decir, se halla estrechamente ligado con la fundabilidad y razonabilidad de lo demandado, de modo que sea factible apreciar superficialmente la existencia del derecho en discusión.- El art. 230 inc. 1° del CPCCN que prevé este recaudo, no exige una probanza concluyente que sólo puede lograrse en forma plena en la etapa del proceso pertinente, pero sí requiere que el peticionante acredite su derecho, aún someramente. Esta acreditación que se exige, es una condición que no puede obviarse y constituye el elemento principal justificante del progreso de una medida cautelar.- Se sabe que la medida cautelar no exige de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad.- Al respecto, cabe decir que no advierto debidamente acreditada la verosimilitud del derecho. Ello por cuanto conforme la reglamentación de la ley de Salud Pública n° 23.753 y su modificatoria n° 26.914, la autoridad de aplicación, en este caso la Secretaría de Gobierno de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, con fecha 10/12/2018 dictó la Resolución n° 764/2018 cumpliendo así las normas de provisión e insumos, actualizadas y revisadas cada dos años -como mínimo- entre los cuales no se encuentra el insumo objeto de la pretensión del amparista.- V.- El segundo recaudo que prescribe el art. 230 inc. 2° del C.P.C.N., esto es el "peligro en la demora", si bien no se desconoce la situación expuesta no aparece en modo ostensible en autos, a partir de fundamentos médicos que permitan brindar al Juzgador la solvencia de la tutela pretendida. Razón por la cual, le asiste razón al juez de 1ª Instancia en orden a que dicho recaudo no se encuentra debidamente acreditado por la demandante, sin que lo expuesto -claro está- implique adelanto de opinión sobre la cuestión de fondo planteada.- VI.- En orden a lo manifestado, considero que no se encuentra configurado el requisito de "verosimilitud en el derecho", ni "peligro en la demora" exigidos por el art. 230 del CPCCN para la procedencia de la cautelar solicitada.- VII.- Por todo lo expuesto,

corresponde el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en consecuencia, confirmar el proveído de fecha 26 de agosto de 2019 dictado por el señor Juez del Juzgado Federal n° 2 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravios. Sin costas, por no existir contradictorio al no haberse trabado la litis aún en este estadio procesal (art. 68 2ª parte del CPCN). ASÍ VOTO.- La señora Jueza de Cámara, doctora LILIANA NAVARRO, dijo: I.- Analizada la cuestión sometida a decisión de esta Alzada, hago mía la relación de causa efectuada por mi colega preopinante aunque discrepo respetuosamente con la solución a la que arriba en el presente, todo en virtud de los argumentos que procedo a exponer. II.- Que, ello es así, dado que estimo que le asiste razón al amparista en tanto corresponde revocar el proveído dictado por el Sr. Juez Federal N° 2 de Córdoba y, en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar solicitada. En lo que respecta a la verosimilitud del derecho invocado, no debe dejarse de lado 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 (cfr. Fenochietto-Arazi, Código Procesal Comentado, T. 1, pág. 742). Así, en el presente se observa que el actor se encuentra afiliado a la obra social demandada ya que, si bien no acompaña copia de la credencial de afiliado, dicha calidad luce reconocida por la propia demandada en las notas emitidas con fecha 14/06/19 y 30/07/19 glosadas a fs. 3 y 6 de autos. Asimismo, se constata que su médico tratante, Dra. Karina Silvana Fuentes, médica especialista en diabetología, indicó el uso del ?aparato libre Freestyle con sensores de glucosa?, debido a que ?se beneficiaría de sobremano su control metabólico y su calidad de vida? ya que dicho aparato mide la glucosa en tiempo real. Manifiesta además que el paciente padece de Diabetes Tipo I, desde el año 2013, con regular control metabólico, muy variable e inestable y que está en tratamiento intensificado con esquema basal + bolos pre comida. (conforme prescripción obrante a fs. 5). Lo antedicho se ve corroborado por los certificados médicos emitidos por los Dres. Ana Laura Herrera y Daniel Héctor Reusa que se encuentran glosados a fs. 4 y 7 de autos respectivamente que aluden, además, al hecho de que, dado el tipo de diabetes y grado que padece el accionante, las mediciones que deben realizarse oscilan entre seis y ocho veces diarias. III.- Que, por otro lado, de la documental obrante en esta causa, se colige que la negativa por parte de la Obra Social a la cobertura del aparato solicitado se basó únicamente en el hecho de no encontrarse dentro del listado de prestaciones médicas correspondientes al Programa Médico Obligatorio. En casos análogos al presente, se ha dicho con tino que: ?el Programa Médico Obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud) y no constituye una limitación para los agentes de seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales, y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, Sent. del 19/03/19 dictada en autos ?S.I- H. R. c/ Omint S.A. de Servicios s/ amparo de salud? y Sent. de la Sala III de fecha 01/11/18 dictada en autos ?B.V.G. c/ Galeno Argentina S.A. s/ amparo de salud?). Por su parte, debo decir que, a este tipo de casos son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 23.753 -modificada por la Ley 26.914- y sus normas reglamentarias. En lo que aquí interesa, el artículo 5 de la citada ley establece: ?la cobertura de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol de los pacientes con diabetes, será del 100% y en las cantidades necesarias según prescripción médica?. El hecho de que el aparato solicitado no se encuentre previsto en el listado correspondiente a la Resolución 764/2018 de la Secretaría de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, no es óbice a los fines de reconocer la procedencia de la precautoria solicitada en virtud de la concurrencia de los requisitos necesarios y dado el estado preliminar del juicio. Tiene dicho la jurisprudencia con la que concuerdo que: ?En este sentido he de destacar que la propia Ley posee un apartado específico destinado al avance de los medios y prestaciones médicas paliativas de la Diabetes; circunstancia que regula de manera general para todos los casos -en la frecuencia indicada-, constituyendo así el piso mínimo relativo al alcance de dicho derecho. Esto dicho, en tanto parámetro universal, se condice con la ratio legis de la aludida norma respecto de aquellas situaciones particulares que requieran una adecuación de las prestaciones médicas habituales, aprobadas reglamentariamente, como acontece en el caso de marras? (Juzgado de Garantías N° 2 de Azul, Sent. del 07/08/18 dictada en los autos: ?M., V. A. c/ IOMA s/ Amparo?). Por último, cabe traer a colación que dicho aparato se encuentra autorizado por ANMAT mediante Disposición 6054 del 06/06/16 que también se encuentra glosada a fs. 40/44 vta. Al momento de emitir dicha autorización, el ANMAT destacó que ?... consta la evaluación técnica producida por la Dirección Nacional de Productos Médicos, en la que informa que el producto estudiado reúne los requisitos técnicos que contempla la norma legal vigente, y que los establecimientos declarados demuestran aptitud para la elaboración y el control de calidad del producto cuya inscripción en el Registro se solicita. Que corresponde autorizar la inscripción en el RPPTM del producto médico objeto de solicitud? (fs. 40 vta.). Todo lo expuesto me lleva a la convicción de la existencia de una verosimilitud del derecho tal que habilita el dictado de la medida cautelar solicitada. IV.- Con relación al peligro en la demora, es dable afirmar que, ?en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, se acredita con la incertidumbre y la preocupación que los distintos padecimientos generan

en los amparistas, de modo que la medida precautoria solicitada sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado prima facie o presunto?. (cfr. Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, Sent. del 14/03/19 dictada en autos: ?HIERRO RUBÉN c/ OMINT SA DE SERVICIOS s/ AMPARO DE SALUD?, entre otras. Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y Podetti, Tratado de las Medidas Cautelares, pág. 77, n° 19).- Tampoco puede obviarse la interpretación efectuada por numerosos autores en el sentido de que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y viceversa (conf., Rev. La Ley 1996-B, p. 732).- En tales condiciones, y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar sólo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que resulta justo hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el amparista, puesto que resulta ser la solución que, de acuerdo con lo indicado por el médico tratante, mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de la Nación, Fallos: 302:1284), reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).- V.- Que, en lo que respecta a la contracautela, aprecio que la misma debe ser fijada en la fianza personal de dos letrados de la matrícula federal ya que entiendo que esta estimación aparece como suficiente para cubrir el objeto del reclamo y los eventuales perjuicios que podrían surgir del cumplimiento del mismo (conf. art. 199 del C.P.C.C.N). En consecuencia, y sin que lo antes expuesto en modo alguno implique adelanto de opinión sobre la cuestión de fondo planteada en la causa, estimo que corresponde revocar el proveído de fecha 26 de agosto de 2019 y, en consecuencia, conceder la medida cautelar solicitada por la parte actora en todos sus términos. No corresponde imposición de costas atento a la falta de contradictorio (art. 68 2da. parte del CPCCN). ASÍ VOTO.- El señor Juez de Cámara, doctor LUIS ROBERTO RUEDA, dijo: Que por análogas razones a las expresadas por la señora Jueza preopinante, doctora LILIANA NAVARRO, vota en idéntico sentido. Por el resultado del Acuerdo que antecede; SE RESUELVE: POR MAYORIA I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar el proveído de fecha 26 de agosto de 2019 dictado por el Sr. Juez Federal N° 2 de Córdoba y conceder la medida cautelar solicitada por la parte actora en todos sus términos.- II.- Fijar como contracautela la fianza personal de dos letrados de la matrícula federal (art. 199 del C.P.C.C.N). POR UNANIMIDAD III.- No imponer costas atento a la falta de contradictorio (art. 68 2da. parte del CPCCN).- IV.- Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen.- LILIANA NAVARRO LUIS ROBERTO RUEDA ABEL G. SANCHEZ TORRES MIGUEL H. VILLANUEVA SECRETARIO DE CÁMARA 044280E