

Amparo De Salud Menor De Edad Obras Sociales Obsba Intervencion Quirurgica Hospital De Clinicas

JURISPRUDENCIA

Ciudad de Buenos Aires, 2 de noviembre

de 2020. VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- Mediante la Actuación Nro. xxxxx/2020 se presenta V. M. en representación de su hija menor de edad C.R., juntamente con su letrada patrocinante y promueve acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se ordene ?la inmediata derivación para la realización de la intervención quirúrgica de la menor C.R., toda vez que la falta de derivación de prestaciones al Hospital de Clínicas por parte de la Obra Social (...) implica una vulneración en forma grave y con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los derechos y garantías constitucionales que le corresponden? (v. pág. 2). Señala que su hija es afiliada a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, conforme credencial que aporta como adjunto al libelo de inicio y que su diagnóstico médico es Carcinoma Mucoepidermoide Orofaringeo y que el mismo requiere intervención quirúrgica de manera urgente con fecha estimada para la operación el 25/11/2020 en el Hospital de Clínicas José de San Martín (conf. Pág. 2). Refiere que se le comunicó dicha circunstancia a la ObSBA y que la demandada indicó que ?el Hospital de Clínicas no es prestador de la obra social por lo tanto no autorizamos a dicha institución derivación alguna? (v. pág. 2 y documental adjunta). Relata que, frente a esa respuesta, se comunicaron con el Hospital CEMIC, prestador de la demandada, y en dicho nosocomio les indicaron que ?en atención a la gravedad del caso y lo que implicaría la derivación a otro prestador médico que no sea el Hospital de Clínicas José de San Martín, se deriven las prestaciones necesarias a fin de que se realice allí la intervención de que se trata, admitiendo ellos luego de ésta, continuar con el tratamiento si fuera necesario? (v. pág. 3 y documentación adjunta). Entiende que la posición tomada por la obra social afecta en forma grave los derechos y garantías de su hija menor de edad en tanto no se ordena cubre el costo de la intervención de que se trata. Funda en derecho su pretensión y ofrece prueba a fin de sustentar sus dichos. Solicita el dictado de una medida cautelar por medio de la cual ?se ordene a la accionada con habilitación de días y horas inhábiles la inmediata derivación de prestaciones al Hospital de Clínicas José de San Martín para que C. pueda ser intervenida el día 25/11/2020? (v. pág. 4). En este estado, y ante los derechos involucrados, por medio de la Actuación Nro: xxxxxx/2020 se pasaron los autos a despacho para resolver la medida cautelar requerida. II.- Así planteada la cuestión, corresponde dilucidar la procedencia de la tutela cautelar solicitada. En primer lugar, cabe señalar que en el reducido marco cognoscitivo de los procesos cautelares, en los que el juzgador carece de elementos de juicio que justifiquen con certeza la existencia del derecho pretendido, el juicio de verdad se encuentra en oposición con la finalidad del instituto, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad (C.S, doctrina de Fallos 306:2060; 316:2060; 327:305 entre otros). Sentado ello, corresponde memorar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley N° 2145 (t.c. Ley N° 6017) -norma que regula el trámite de la acción de amparo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires-, en este tipo de acciones son admisibles, con criterio excepcional, las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva. Para su otorgamiento, el citado precepto legal exige la acreditación de los siguientes presupuestos: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, no frustración del interés público y contracautela. En el caso de las medidas cautelares innovativas, como lo es la solicitada en autos, la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que ésta ?constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 319:1069; 326:3729, entre otros) CSJN in re CSJ 2065/2017 ?Estado Nacional c/ Río Negro, Provincia de y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad? del 16/04/2019). III.- Así las cosas, corresponde referirse a la verosimilitud del derecho invocado por el amparista. III.1.- En este sentido, debe recordarse que, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por los actores (Cám CayT, Sala I, in re ?García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos?, expte. N° 8569/0, del 3/3/04 y reiterado en ?Acuña Paredes, María Esther c/ GCBA s/ otros procesos incidentales? expte. N° 43517/1, del 27/08/12 entre muchos otros). III.2.- Aclarado lo anterior, es oportuno señalar que el debate que plantea el accionante se centra en establecer si la obra social demandada se encuentra obligada a cubrir de forma integral el tratamiento indicado por las médicas tratantes de la niña C.R. en el Hospital de Clínicas ?José de San Martín? (ver certificados médicos acompañados como adjunto de los cuales se desprende que el diagnóstico de la niña es ?lesión oral derecha que informa Carcinoma Mucoepidermoide orofaringeo? y que el tratamiento que se recomienda es ?la resección oncológica urgente, fecha estimada propuesta para cirugía: 25/11/20?). Al solo efecto de aventar dudas, cabe señalar que, si bien

en el escrito de inicio se menciona como demandados a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, lo cierto es que de dicha pieza se desprende que únicamente se persigue una condena respecto de la obra social demandada quién por lo demás, habría desestimado la pretensión de la amparista. En efecto, ante la requisitoria, la accionante no obtuvo respuesta favorable de la ObsBA y en consecuencia, no se estarían garantizando las prestaciones necesarias para cubrir el tratamiento médico de la niña C.R. (hija de la accionante) que fuera recomendado por los galenos intervinientes. III.3.- Sentado ello, es del caso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud y ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública 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 (conf. Fallos: 321:1684, 323:1339, 324:3569). Ello así, debido a que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (C.S., Fallos: 321:1684; 323:1339; 323:3229 y 331:2135, entre otros). III.3.1.- En sentido coincidente, conforme la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas -entre otros aspectos- a asistencia médica (art. 11). En una misma línea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure -entre otros beneficios- la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, entre las medidas que deben adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, enuncia la prevención y el tratamiento de las enfermedades (art. 12, incs. 1 y 2, ap. a). Asimismo, en el orden local, el artículo 20 de la CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria y asegura -a través del área estatal de salud- las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad (v. CámCAyT, Sala I CámCAyT, Sala I in re ?Rodríguez, Miguel Orlando c/ GCBA s/ otros procesos incidentales?, expte. 13930/1, del 22/12/2004, Sala II in re, ?Pepe Nicolina Gracia c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ incidente de apelación? Expte. n° A68898-2013/1, sentencia del 20/03/2014). También, cabe agregar, ha sido consagrado por la ley local N°153 (ley Básica de Salud). III.3.2.- Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere de manera genérica al derecho a la integridad física y psíquica (art. 5) y prescribe, también de modo genérico, la necesidad de adoptar medidas de protección a favor de los niños (art. 19). Más específico es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en tanto establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1), obligándose los Estados a adoptar medidas para el ?sano desarrollo de los niños? (art. 12.2.a) y la ?creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad? (art. 12.2.d). Cabe señalar que, conforme la Convención Internacional de los Derechos del Niño (norma de rango constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, CN) el interés superior de los menores es el criterio primordial para resolver cualquier cuestión que los afecte (art. 3.1.) y que la misma consagra el derecho del niño a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24.1). III.3.3.- Por lo demás, no puede perderse de vista que, nuestro Máximo Tribunal Federal ha sostenido que ?el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Y así, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas -CCF 12922/2006/CA2-CS1 ?S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la In t. de Personas Discápac. y otro s/ amparo?, sentencia del 5 de diciembre de 2017, voto del juez Rosatti-? (in re ?Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M°Defensa Ejército s/ daños y perjuicios? causa n° 9482/2011/2/RH2 del 30/04/2020). En lo aquí interesa, no puede perderse de vista que ?la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda; con lo cual, la consideración primordial de aquel interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional (...) con acciones positivas y por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (conf. esp. desarrollo efectuado por esta Procuración en el dictamen emitido con fecha 14/2/2006, in re ?Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A.? -S.C. A. N° 804, L. XLI-, doctrina de Fallos: 327:2413, con remisión a la opinión de este Ministerio; y criterios vertidos en torno al tema en Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 326:4931; 327:2127 y 2413; 328:1708; 329:2552 y ?Cambio Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/CEMIC? del 28/8/2007 -S.C. C. N° 595, L. XLI-, entre muchos otros; ver asimismo ?Normas Uniformes sobre la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad? ONU; Resolución CD 47.R1 sobre derechos humanos y discapacidad, OPS/OMS,

25/9/2006-? (del Dictamen de la Procuración General al que remite la CS en Fallos 332:1394). III.4.- En este estado del análisis es del caso hacer notar que no escapa a este Tribunal que la obra social demandada habría rechazado la cobertura del tratamiento médico en razón de que ?el hospital de Clínicas no es un prestador de la obra social (v. correo electrónico aportado como prueba en la página 10 de la Actuación de inicio). Sin embargo, no puede perderse de vista que profesionales médicos del Hospital Universitario CEMIC -que sí es prestador de la obra social aquí demandada- indicaron la necesidad de que la intervención quirúrgica para el tratamiento de la dolencia de la niña sea realizada en Hospital de Clínicas (cfr. Certificados médicos acompañados como adjunto al escrito de inicio). En efecto, de la constancia médica emanada del prestador de la obra social demandada se desprende que la niña C.R. ?actualmente se encuentra con plan quirúrgico para este martes en el Hospital de Clínicas. Se sugiere fuertemente completar dicho tratamiento a fin de no demorar la resolución quirúrgica de su enfermedad oncológica. Posterior a su cirugía podrá continuar seguimiento en esta institución de ser necesario?. Al respecto, cabe memorar que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que ?es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio. Asimismo, se ponderó -a contrario sensu- que debía demostrarse la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna? (C.S. Fallos 327:2413, 331:2135 y 332: 1394) citados en ?R. 104. XLVII. R., D. otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo? del 27/11/2012). Por lo demás, es dable advertir que la jurisprudencia del fuero en casos análogos al de autos se ha expedido en favor de la cobertura por parte de la ObsBA de prestaciones médicas en el Hospital de Clínicas cuando de las constancias arribadas a la causa se desprende la necesidad de efectuar el tratamiento ante este último nosocomio (conf. Juzgado de feria N° 2 in re ?B.L.G. c/ OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) s/ amparo - salud, medicamento y tratamiento médicos?, EXP N° 2/2020-0 del 15/01/2020). Así las cosas, la normativa, jurisprudencia y constancia médica reseñadas permitirían prima facie sostener que la niña C.R. -en tanto reúne en principio las características requeridas por las leyes citadas para acceder a los beneficios que prevén- tendría derecho a que la ObsBA le cubra integralmente el tratamiento médico (resección oncológica en el Hospital de Clínicas José de San Martín) que requiere su cuadro clínico (Carcinoma Mucoepidermoide Orofaringeo). III.5.- En suma, se estima, en este estado liminar del proceso, que el derecho de la niña C.R. se presenta como verosímil respecto a la obligación de la ObsBA de cubrir el tratamiento médico quirúrgico en el Hospital de Clínicas ?José de San Martín? y las prestaciones prescriptas por los profesionales que la tratan en la forma, modalidad y condiciones que ellos dispongan, de acuerdo al cuadro que presenta (Carcinoma Mucoepidermoide Orofaringeo). Ello, hasta tanto exista sentencia definitiva en autos. III.6.- En principio, no modifica lo anterior el hecho de que la demandada no se encuentre adherida al régimen nacional de obras sociales. En efecto, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero sostuvo en un caso similar que si bien la ObsBA no es Agente del Seguro Nacional de Salud, ello no implica que sus beneficiarios no reciban atención médica adecuada, pues dicha circunstancia importaría en los hechos impedir a aquellos agentes cautivos de la demandada adherir a otros sistemas con la expectativa de contar con la mejor y más amplia cobertura que la legislación vigente asegura, obligándolos a recibir prestaciones aranceladas en casos de discapacidad y desconociendo las responsabilidades que deben asumir prima facie los prestadores de la salud en la asistencia y atención de las personas discapacitadas, de la que no pueden sustraerse en razón de demoras contingentes en la adhesión de la Ciudad de Buenos Aires al régimen nacional (CámCAyt, Sala II in re ?Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (denuncia incumplimiento respecto a la afiliada Brenda Nicole Denghi) c/ GCBA s/ otros procesos incidentales?, Expte. N° EXP 5348/8, sentencia del 10/02/05; v. en el mismo sentido C.S., Fallos 327:1212 y 335:871 entre otros). En consecuencia, se estima que el derecho de C.R. se presenta como verosímil en relación con la cobertura por parte de la ObsBA del tratamiento indicado por los profesionales de la salud del Hospital de Clínicas ?José de San Martín? intervinientes para proporcionar a la niña la provisión del tratamiento médico quirúrgico y los insumos que requiere en la forma, modalidad y condiciones que ellos dispongan, de acuerdo al cuadro que presenta (Carcinoma Mucoepidermoide Orofaringeo) ello hasta tanto exista sentencia definitiva en autos. IV.- En cuanto al peligro en la demora, ha sido definido por la doctrina como ?el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes? (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot Online, N° 2511/000392). En punto al examen de la concurrencia de este requisito se ha indicado que ?exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretende evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso -Fallos: 319:1277-? (C.S. Fallos 329:3890). Ahora bien, este recaudo surge en forma evidente del relato efectuado y de las constancias médicas acompañadas, ya que prima facie se desprende que en la actualidad la ObsBA no brindaría a la niña C.R. una respuesta que le permita satisfacer adecuadamente su derecho a la salud, máxime con el cuadro de que se trata. Ello, pese a encontrarse en una situación fáctica que lo justificaría, toda vez que la fecha de la intervención quirúrgica estaría fijada para el

25/11/2020. En virtud de lo expuesto, se estima que este recaudo también se encuentra debidamente configurado. V.- Por lo tanto, cabe concluir que en autos se encuentran reunidas las condiciones necesarias para acceder a la pretensión cautelar solicitada. Asimismo, con relación a la contracautela se estima que se encuentra satisfecha con lo manifestado por la accionante con la caución juratoria prestada en el acápite V, página 4 del libelo inicial. VI.- En consecuencia, corresponde ordenar cautelarmente a la demandada que brinde la cobertura y provisión a la niña C.R. del tratamiento médico quirúrgico en el Hospital de Clínicas ?José de San Martín? y las prestaciones que le sean prescriptas por los profesionales que la tratan en la forma, modalidad y condiciones que ellos dispongan, de acuerdo al cuadro que presenta. Dicha medida tendrá vigencia hasta el momento en que recaiga sentencia definitiva y firme en estos autos. Por las consideraciones expuestas RESUELVO: Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por V. M., ordenando a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que en forma inmediata brinde la cobertura y provisión a la niña C.R. (hija de la amparista), del tratamiento médico quirúrgico (resección oncológica) en el Hospital de Clínicas ?José de San Martín? y las prestaciones que le sean prescriptas por los profesionales que la tratan en la forma, modalidad y condiciones que ellos dispongan de acuerdo al cuadro que presenta (Carcinoma Mucoepidermoide Orofaringeo). Dicha medida tendrá vigencia hasta el momento en que recaiga sentencia definitiva y firme en estos autos. Regístrese oportunamente y notifíquese por Secretaría a la parte actora y a la ObsBA en la casilla de correo electrónico a la casilla notifjudicialesobsba@gmail.com, junto con el traslado de la acción dispuesto en la actuación N° Actuación Nro: xxxxx/2020. Martín Leonardo Furchi JUEZ/A JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 16 Correlaciones: F., T. (R. F.) c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s/amparo - salud, medicamentos y tratamientos - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 20 - 17/09/2018 - Cita digital IUSJU032392E 002878F