

///San Carlos de Bariloche, 01 de abril de 2016.-

---VISTOS: Los autos caratulados “THOMAS, Karina Susana C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 27076/16; para resolver y.-

---CONSIDERANDO:

---1- Que se presenta el Dr. Diaz Mendizabal en su carácter de apoderado de la Sra. Karina Susana Thomas interponiendo acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Provincial, y medida cautelar a fin que, mediante la respectiva resolución judicial, se ordene a la O.S.D.E. ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS EMPRESARIOS S.A. a otorgar la cobertura total e integral de las prestaciones de salud que requiere como paciente y afiliada a esa Obra social, por su condición de discapacitada, específicamente cobertura de enfermería a domicilio 24 horas, suministro de bicicleta fija y silla de ruedas, y cobertura al 100% de los medicamentos indicados por su médico tratante Dr. García Francisco.-

---Manifiesta que fue diagnosticada con la enfermedad de Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, lo cual le ha traído varios problemas derivados de dicha enfermedad: Depresión, hipertensión pulmonar, úlcera, trombosis múltiples, extracción total de piezas dentales y obesidad mórbida; todas ellas patologías asociadas a la discapacidad que padece de base: HPN.

---Que, todo ello llevó a que desde el mes de Julio de 2014 a la fecha necesitase contar con enfermería domiciliaria las 24 horas, distribuida esta prestación a lo largo del día de lunes a lunes, en 3 turnos de 8 horas diarias.

---Dicha prestación fue siempre justificada ante la obra social mediante las correspondientes prescripciones médicas emitidas por parte de sus profesionales tratantes; pero con fecha Enero del corriente año, personal de OSDE S.A. se comunica telefónicamente con la madre de la amparista para informar que, a pesar de la prescripción médica ya presentada, la obra social había decidido retirar intempestivamente la prestación de enfermería a domicilio.-

---Que, ante dicha situación la madre se comunicó en reiteradas oportunidades para reclamar una respuesta por escrito. Finalmente la misma fue respondida por OSDE mediante nota simple de fecha 03/02/2016 en la cual referenció que por decisión de la asesoría médica de esa obra social, la asistencia de enfermería domiciliaria pasaría a ser otorgada por 1 hora diaria.-

---Que, la misma nota OSDE manifiesta que podrá ser asistida por cuidadoras domiciliarias y que no corresponde su cobertura por no estar dicho título "habilitado en

Superintendencia de Servicios de Salud"... pero que acompañarán en el reintegro de esos servicios hasta un cierto monto y de acuerdo a un listado suministrado por la Municipalidad.-

---Que requiere inexorablemente de atención de enfermería a domicilio las 24 horas del día.-

---Expresa que por las razones expuestas solicita que como medida cautelar se ordene a OSDE S.A. que de forma inmediata estime los medios necesarios para continuar otorgando la prestación de enfermería domiciliaria 24 horas por día, de lunes a lunes, en 3 turnos distribuidos por 8 horas cada uno, hasta tanto puede resolverse la cobertura total.-

---Que en autos se configuran en la especie los recaudos exigidos por la ley ritual para admitir la procedencia de esta medida cautelar.-

---2- Conferido el correspondiente traslado y pedido de informes a fs. 67/85 comparece el Dr. Pablo Gonzalez en su carácter de apoderado de OSDE acompañando la documental requerida y contestando el pedido de informe del art. 43.-

---Manifiesta respecto a la cobertura del servicio de enfermería -objeto de esta medida cautelar- que no hay fundamentos médicos , ni científicos para que la actora tenga atención de enfermería durante las 24 horas del día, lo cual surge del informe médico de fecha 27 de Enero de 2016 que adjunta.-

Que, la obligación de OSDE, respecto a la cobertura , no puede ser modificada ni ampliada por la Justicia, dado que ello implicaría violar el art. 19 de la Constitución Nacional (principio de legalidad) , e implicaría modificar el sistema prestacional aprobado por la Superintendencia de Salud de la Nación .-

---Que no existe arbitrariedad, ni ilegalidad en la actuación de OSDE y porque además está actuando de conformidad con los derechos y principios constitucionales reconocidos por los arts. 14 y 19 de la Carta Magna.-

---3- A fs. 3/4 y 14 se agrega copia del certificado de discapacidad y carnet, el que se encuentra vigente.-

---A fs. 15/45 luce agregado certificados médicos y estudios realizados que acreditan la afección que padece la amparista y los diferentes tratamientos que ha realizado y que requiere seguir haciendo.-

---A fs. 25 y 35 luce agregado copias de certificados médicos suscriptos por la médica Dra. Mirta Carbello en los cuales prescribe que se continúe con la autorización de servicio de enfermería requiriendo la paciente diferentes curaciones y tratamientos.-

---A fs. 31 se agrega certificado médico suscripto por el médico Psiquiatra Dr. Garcia,

en el cual el profesional prescribe que la amparista es una paciente con tratamiento psiquiátrico debiendo continuar recibiendo medicación administrada por personal de enfermería, con toma de controles. Asimismo a fs. 34 prescribe que la Sra. Thomas por su patología de base y su agravamiento de su hipertensión pulmonar requiere cuidadoras de enfermeras de forma permanente.-

4) Procedencia de la medida cautelar:

---Como se señaló en los antecedentes, la amparista solicita se dicte medida cautelar dada la gravedad que le trae aparejado la demora y falta de prestación de servicios de enfermería y la urgencia de continuar con la misma a fin de evitar un detrimento en su estado de salud físico como psicológico.-

---La solicitud de continuar con el servicio de enfermería 36 y las prescripciones médicas de fs. 25, 31, 34 y 35 acreditan la urgencia de la cobertura solicitada. Esto es la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.-

---Teniendo en cuenta cómo ha quedado planteada la cuestión no existen dudas de las dolencias que padece el amparista y la necesidad de continuar con la cobertura de enfermería domiciliaria 24 horas por día de lunes a lunes en 3 turnos distribuidos por 8 horas cada uno, hasta tanto se resuelva la presente acción, para mantener indemne su integridad física y psicológica.-

---El art. 59 de la Constitución Provincial, dispone que "la salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad".

---De modo que cualquier interferencia en el acceso al mencionado derecho implica, en sí mismo, un ataque a la persona humana, quién, no está demás decir, es eje y centro del ordenamiento jurídico.-

---Dentro de los derechos del beneficiario de una obra social se enuncian el relativo a la calidad de la prestación, a la seguridad y a una prestación integral y eficaz. Estas potestades encuentran su fuente mediata en lo establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional respecto de que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral...". De modo más directo, el art. 2 de la ley 23.661 dispone que el seguro social tiene como objetivo "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del

mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva”.-

---Acreditados los extremos de hecho, esto es la necesidad, urgencia y el mayor daño a la salud que implicaría interrumpir el servicio de enfermería domiciliar por 24 horas de lunes a lunes, corresponde evaluar los extremos de derecho que fundan la procedencia de la cautelar.

---La jurisprudencia ha dicho respecto a las medidas de no innovar y sus requisitos que: "En el marco de una acción de amparo iniciada por un afiliado a una empresa de medicina prepaga, tendiente a que se mantenga el precio y las demás condiciones específicas del contrato de medicina prepaga que vinculaba a las partes, cabe admitir la medida de no innovar solicitada, respecto del precio vigente de la cuota (al mes de agosto de 2007) hasta tanto se dicte sentencia definitiva. ello así, toda vez que en los casos en donde se encuentra comprometida la integridad psicofísica de una persona (jubilado de 84 años de edad), el criterio de apreciación de la protección preventiva debe ser amplio, ya que se encuentra en juego el desarrollo armonioso de uno de los bienes más apreciables de la persona, sin el cual los restantes carecen de posibilidad medidas cautelares de concreción (csjn, fallos 302:1284, 321:1684, 323:3229). bajo las bases apuntadas, el incremento decidido por la demandada (en el año 2007) habría result

---"La concurrencia del peligro en la demora aparece nítida ante la expectativa que se cierne sobre todo ser humano de enfrentar la necesidad de recurrir a una consulta médica de rutina, a la práctica de un estudio de cierta complejidad, o bien de requerir atención en una emergencia. Estas distintas alternativas, abarcan desde una asistencia básica hasta un tratamiento prolongado, producen la convicción de que el trámite del expediente -aún con la sumariedad que implica una acción de amparo -hasta que se decida la suerte del derecho invocado (que resulta verosímil, por la descripción de los hechos planteada por la actora en torno a la relación que la vincularía con el Instituto de Obra Social), deja a los actores sin la cobertura médica de que venían gozando hasta su suspensión. La naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud o integridad física de las personas -(Fallos: 302:1284), reconocido por la Constitución Nacional -art. 75. Inc. 22 -y los pactos internacionales (SENTENCIA 2 de Junio de 1995 CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Sala 01).-

---Asimismo en palabras de Berizonce, “En Argentina ha sido en el ámbito singular y constreñido del proceso amparista donde las medidas urgentes en general han encontrado amplia acogida. Fenómeno que no deja de resultar paradójico ante la naturaleza de “recurso sencillo y rápido”, “efectivo” para la tutela de los derechos de raigambre constitucional que se adjudica al amparo; que ya de por sí constituye un remedio urgente. La realidad de su práctica frecuentemente exhibe, sin embargo, la flagrante contradicción de procedimientos que dilatan de modo exasperante la definición a través de la sentencia y, más aún, su efectivo cumplimiento. Precisamente reaccionando contra ese estado de morosidad judicial, ha subrayado la CSN argentina que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden con

.... “Las medidas urgentes devienen imprescindibles entonces en el típico proceso de urgencia amparista. No solo por la habitual dilatación del resultado final sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción (RENGEL ROMBERG A., Medidas cautelares innominadas, Rev. Univ. Der. Proc., UNED, Madrid, 1990, pp. 488 y ss. DE LAZZARI E. N., La cautela material, J.A., 1996-IV, p. 651. BERIZONCE R. O., Derecho Procesal Civil actual, Abeledo-Perrot/LEP, Buenos Aires, 1999, pp. 481 y ss).

---Ahora bien, dentro del marco doctrinario y jurisprudencial analizado, debe ahora tenerse presente a la hora de fallar, la trascendencia de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

--- El art. 1 del CCyC, consagra aquello que ya había sido receptado por la Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria al momento de decidir sobre asuntos en los que están en juego los derechos humanos. Así establece que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en

situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

“Sucedee que si las leyes aplicables lo deben ser “conforme” —es decir, a tono, en consonancia o en respeto— Constitución Nacional (en adelante, CN) y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado. “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.

---El ARTÍCULO 2º establece que " La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

---En el comentario a éste artículo realizado por la Dra. Marisa Herrera afirma que “Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmandose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1º CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2º de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico. Esto, justamente, se relaciona con la coherencia a la cual alude el articulado en análisis en su última parte; más específicamente, con que la teoría (en especial, el CCyC) y la práctica (la interpretación al resolver los casos) interaccionen de modo coherente”. (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015. TÍTULO PRELIMINAR Comentarios de Marisa Herrera y Gustavo Caramelo, infojus.gob.a

---Por su parte el ARTÍCULO 51 prescribe: " La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

Como ha dicho la Corte Suprema: “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. (CSJN, “Bahamondez, Marcelo s/ medida

cautelar”, 06/04/1993).

“El reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana implica, además, consagrar a la persona como un fin en sí mismo proscribiendo todo trato utilitario. En este sentido, la inviolabilidad de la persona, consagrada en el art. 51 CCyC se relaciona con el art. 17 CCyC que establece el principio de no comercialidad del cuerpo humano y sus partes, negándoles todo valor económico, pudiendo tener solo un valor “afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social...”.

La dignidad no se encuentra mencionada en el texto histórico de nuestra Constitución, ni como derecho ni como principio, pero nadie duda de que está incluida dentro de las previsiones del art. 33 CN”.

--- El ARTÍCULO 52 completa el marco de regulación de protección de la persona estableciendo "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

“La tutela de la dignidad, establecida como fundamento y principio en el art. 51, se extiende a los derechos enumerados en este artículo, que reconoce de forma expresa los derechos personalísimos a la integridad espiritual, denominación utilizada en doctrina para distinguirlos de aquellos que están relacionados con la integridad física, la vida y la libertad de las personas. El art. 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a una serie de derechos que hacen a la dignidad personal. De esta manera, la dignidad y sus emanaciones o derivaciones, que en su caso lo constituye todo derecho personalísimo, son objeto de tutela, respeto y reconocimiento. El CCyC expresamente prevé que ante su lesión se puede reclamar prevención y reparación. En lo que respecta a los derechos contemplados en el art. 52 no es taxativa, pues el texto comprende al menoscabo “de cualquier modo” de la “dignidad personal”. Todo menoscabo a la dignidad puede ser entonces objeto de prevención y reparación. Es decir, el titular del

---Asimismo sabido es, que: "las personas con discapacidad poseen una protección integral, exponiendo que la Provincia de Río Negro ha adherido a la normativa nacional N° 24.091- a través de la ley D N° 3467, contando además con una ley provincial específica como lo es la Ley D N° 2055, que instituyó un régimen de promoción integral de las personas con discapacidad tendiente a garantizarles el pleno goce y ejercicio de sus derechos constitucionales" (Conf. fallo “Figuroa”, del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro).-

---La jurisprudencia ha dicho: "que cuando el Congreso Nacional debatía la sanción de la ley 26.480 se mencionó que la asistencia domiciliaria contribuiría a elevar la calidad de vida de las personas discapacitadas, ayudándolas a que puedan vivir en su domicilio conservando los vínculos propios de la vida familiar insertos en su comunidad. Ello, de conformidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –que en nuestro país ha sido aprobada mediante ley 26.378. Dicha convención obliga a nuestro país a garantizar el derecho a la máxima independencia de la persona, a la permanencia en su comunidad y a la mejora continua de sus condiciones de vida -puntos 2, 3 y 4 de los fundamentos del proyecto de la ley anteriormente mencionada-" (Conf.Cam. Nac. en lo Civil y Com. Fed. Sala II, "Otero, Graciela c/ Omint SA de Servicios s/ Amparo", del 4/7/13).-

---Que la cuestión a decidir en cuanto a la procedencia de la cautelar solicitada en este caso, se presenta como una solución ajustada a derecho y a las circunstancias de la causa, teniendo en cuenta los derechos que se presentan a ser tutelados, esto es, el derecho a la vida, a la salud y a una asistencia médica adecuada, no pueden estar supeditadas a una omisión por parte de la Prepaga, que resulta a todas luces injustificado frente a la urgencia de preservar el derecho a la salud en juego en este caso.-

---El derecho a la vida, y por consiguiente, a la salud, y mas específicamente a la integridad psicofísica, obliga a asegurarle a cada persona una adecuada atención médica que es necesaria, para la realización de los otros bienes. La contracara de este derecho consiste en una obligación de dar o en una hacer algo positivo como asegurar las prestaciones a favor de la salud y que de ningún modo, el incumplimiento de la obligación puede ampararse a un plazo extramadamente largo frente a la urgencia, con motivo de la falta de implementación de mecanismos que aseguren una cobertura ágil y efectiva de la salud del afiliado.

---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 cierto que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa pero por ello no comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.-

---En referencia al peligro en la demora, la necesidad urgente, efectiva y actual de continuar con las prestaciones de servicio de enfermería domiciliaria por 24 horas de lunes a lunes, requiere una protección inminente y ante la posibilidad que el accionante

triunfe en su reclamo, el denegar la medida cautelar 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.-

---Que las constancias agregadas a las presentes actuaciones, surge de forma palmaria, que se encuentran en juego los derechos de la persona, entre ellos el derecho a la vida (arts. 1º, 2º, y 4º, CADH; art. 75, inc. 22, CN) el derecho a la salud, (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.1 y 12.2d).

---Por lo expuesto precedentemente, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y ordenar a la Prepaga 0.S.D.E. ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS EMPRESARIOS S.A. a continuar otorgando la prestación de enfermería domiciliaria 24 horas por día, de lunes a lunes, en 3 turnos distribuidos por 8 horas cada uno, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo debiendo cumplimentar dicha medida en el plazo de 24 hs. de notificada la presente, bajo apercibimiento de ordenar el embargo de los fondos necesarios para efectivizar el cumplimiento de lo aquí dispuesto y la fijación de las astreintes en su caso. -

---Ordenar la notificación de la presente por cédula con habilitación de días y horas inhábiles atento la necesidad de continuar con las prestaciones de enfermería acreditado por los certificados médicos agregados en autos.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

---I) HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada por la Sra. Karina Susana Thomas.-

---II) ORDENAR a la Prepaga 0.S.D.E. ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS EMPRESARIOS S.A. a continuar otorgando la prestación de enfermería domiciliaria 24 horas por día, de lunes a lunes, en 3 turnos distribuidos por 8 horas cada uno, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, debiendo cumplimentar dicha medida en el plazo de 24 hs. de notificada la presente, bajo apercibimiento de ordenar el embargo de los fondos necesarios para efectivizar el cumplimiento de lo aquí dispuesto y la fijación de las astreintes en su caso. -

---III) Fecho, vuelvan los autos al acuerdo a fin de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por la demandada.-

---IV) Regístrese, protocolícese, notifíquese por Secretaria, por cédula con habilitación de días y horas inhábiles.-

MARINA E. VENERANDI JUAN A. LAGOMARSINO RUBEN MARIGO
Juez de Cámara Presidente Juez de Cámara

Ante Mi:

Maria Jose Di Blasi
Secretaria