



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

**Causa n° 9701/2017/CA2 “S.A.M c/OSDE s/Amparo de salud”. Juzgado 9, Secretaría 18.**

Buenos Aires, de febrero de 2020.

**VISTO:** los recursos de apelación interpuestos y fundados por la actora y por la demandada a fs. 312/314 y fs. 318/326 respectivamente, contra la sentencia definitiva de fs. 300/304, cuyos traslados fueron contestados mediante presentaciones de fs. 330/333 y fs. 335/337 vta., y los recursos de apelación de honorarios interpuestos a fs. 307, fs. 310, fs. 328, oído el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 350/353 vta., y

**CONSIDERANDO:**

**I.** La señora Jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta y condenó a OSDE a brindarle a la Sra. A.M.S. la cobertura de internación en la institución “Magnolia” hasta el límite establecido en el Nomenclador vigente (módulo Hogar Permanente con centro de día, Categoría A, más el 35% en concepto de dependencia), de acuerdo a las indicaciones y por el tiempo que prescriba su médico tratante con más la cobertura integral -mientras lo prescriba su médico tratante- de la medicación que requiera.

Impuso las costas a la vencida.

Contra esa resolución se agravia en primer término la actora quien critica la decisión de ordenar la cobertura por el tiempo que prescriba el médico tratante. Entiende que esta limitación temporal la obligará a tramitar en forma periódica los certificados médicos que dispongan la continuidad de la internación y que dicha exigencia resulta inconveniente e innecesaria. Al respecto, indica que de impugnar OSDE alguno de los certificados mencionados, se verá obligada a judicializar nuevamente la cuestión.

También se queja de la decisión del *a quo* de limitar la cobertura al valor del Nomenclador y al respecto alega que la accionada jamás ofreció



un prestador alternativo que contara con las características que requiere la afiliada en orden a la patología que padece.

Por su parte, la demandada se agravia por entender que la magistrada confundió la figura del geriátrico con la de los “sistemas alternativos al grupo familiar”. Al respecto, asevera que la normativa vigente no contempla la cobertura de instituciones geriátricas a favor de las personas con discapacidad, sino la de hogares.

Afirma que la amparista se encuentra en una institución geriátrica que, por sus características, no es apta a los fines de su rehabilitación sino que sólo satisface las necesidades de vivienda, alimentación, cuidados y esparcimiento de las personas en ella alojadas. Indica además, que para poder brindar la cobertura de internación, deben cumplirse una serie de recaudos previos, a saber: a) indicación que debe surgir como resultado de un informe interdisciplinario de conformidad con los artículos 11 y 12 de la Ley 24.901 y b) que el afiliado carezca de grupo familiar continente. En tal sentido, arguye que en el presente caso no se encuentra cumplido el primero de los dos requisitos pues la indicación no surgió de una evaluación interdisciplinaria.

Asegura que la prestación requerida podría ser realizada en el domicilio de la actora mediante varios cuidadores, los que no necesariamente deben contar con formación médica específica. Así, su internación en un geriátrico en nada se relaciona con el cuidado de su salud. Indica que no le corresponde cubrir la prestación de internación geriátrica, ni siquiera al valor fijado por el nomenclador prestacional.

En cuanto a esto último, asevera que no le pueden ser impuestos los valores establecidos en el Nomenclador pues los mismos son referenciales.

Por otro lado, cuestiona que se le haya ordenado brindar la cobertura del 100% de los medicamentos que no tienen relación directa con la enfermedad discapacitante.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Para finalizar, refiere que la decisión apelada acarreará consecuencias para el resto de los afiliados de OSDE.

**II.** Cabe puntualizar que no se encuentra controvertido que la Sra. A.M.S. de 82 años de edad es afiliada a la demandada, ni su condición médica, ni su carácter de discapacitada en virtud de padecer “demencia en la enfermedad de Pick” y “problemas relacionados con la necesidad de supervisión continua” (cfr. certificado de fs. 6 y constancias de fs. 8/11).

Sentado ello, y en función de los agravios vertidos, lo que corresponde dilucidar aquí es si la demandada se encuentra obligada o no a brindar a la actora la cobertura de internación en la institución “Magnolia”, en su caso, con qué alcance, así como también la de medicamentos al 100% en los términos que dispuso la magistrada de grado.

**III.** En primer término, corresponde señalar que el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados (*Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica - ratificado por ley 23.054/84; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, ratificado y aprobado por ley 23.313; Ekmekdjian, Miguel A. “El Derechos a la Dignidad en el Pacto de San José de Costa Rica” y demás trabajos allí citados en “Temas Constitucionales”, pág. 71 y sgtes. Ed. La Ley, Buenos Aires 1987*), y además aquel derecho encuentra adecuada tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos (*conf. Bidart Campos, Germán J. “Estudios Nacionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud”, en el Derecho a la Salud en las Américas; Estudio Constitucional Comparado, OPS 1989, Nro. 509; Padilla, Miguel “Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías”, T. II, Abeledo Perrot, 1928 ps. 13/24*), ahora con rango constitucional en nuestro país (*art. 42 de la Constitución Nacional de 1994, y normas citadas con anterioridad,*



que cuentan con jerarquía superior a las leyes de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna).

Cabe también poner de resalto que la importancia del derecho a la salud deriva de su condición de imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. Según la Corte Suprema, un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal ha declarado que la atención y asistencia integral de la discapacidad, además de contemplar los compromisos asumidos por el Estado Nacional en cuestiones concernientes a la salud (*conf. doctr. Fallos 323:1339 y 3229, 324:3569*) constituye una política pública de nuestro país que debe orientar la decisión de quienes estamos llamados al juzgamiento de esos casos (*conf. Los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Lifschitz, Graciela B. y Otros v. Estado Nacional”, L.1153.XXXVII, a los que se remite la Corte Suprema en la sentencia del 15/6/04*).

El derecho a la salud e integridad física está consagrado por la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, cuando establece en su artículo 42 que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud”.

También en el artículo 75, inciso 22, que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos, que contemplan el derecho a la salud. Entre ellos, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En el mismo sentido, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Para la Corte Nacional también es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y rehabilitación.

Esta doctrina tiene en consideración que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional establece que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (*conf. Fallos 323:3229*), como lo es el actor (ver certificado de fs.2).

En otros términos, se trata de un derecho implícito sin el cual no se podrían ejercer los demás derechos.

En nuestro país, además de la ley 24.091 de Discapacidad, rige la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, que fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, suscripta por nuestro país y que está vigente a partir de 2000 (ley 25.280). Sus objetivos son la prevención y eliminación de la discriminación para la integración de las PCD.

Cabe recordar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue suscripta en 2006, ha sido aprobada en 2008 por la ley 26.378, tiene jerarquía constitucional acordada por la ley 27.044 (B.O. 22.12.14) y establece que “los países que se unen a la Convención se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en la Convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación”.

Entrando ahora al estudio de las prestaciones de salud que deben recibir las PCD, cabe destacar que mientras la ley 23.660 crea el Régimen de Organización del Sector de las Obras Sociales, la ley 23.661 instituye el



Sistema Nacional del Seguro de Salud y articula y coordina los servicios de salud de las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados.

En lo concerniente a las obras sociales, la ley 24.901 dispone que tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2), ya sea mediante servicios propios o contratados (art. 6) y estableciendo que en todos los casos la cobertura integral de rehabilitación se deberá brindar con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera (art. 15).

Contempla también la prestación de servicios específicos, enumerados al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19).

Entre estas prestaciones se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15) y las asistenciales que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18).

Por su parte, el art. 32 define la prestación de Hogares como “... recurso institucional que tiene por finalidad brindar cobertura integral a los requerimientos básicos esenciales (vivienda, alimentación, atención especializada) a personas con discapacidad sin grupo familiar propio o con grupo familiar no continente”.

También establece prestaciones complementarias (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art.35); atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

en el artículo 38; estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b).

**IV.** Adentrándonos en el análisis de las constancias agregadas a la causa, cabe señalar que del certificado de la médica neuróloga tratante de la actora se desprende que la misma presenta limitaciones en las actividades de la vida diaria e instrumentales, razón por la cual le fue recomendada su institucionalización en un centro que cumpla con todos los requerimientos asistenciales que necesita (cfr. fs.10/11).

Por otro lado, del resultado de la evaluación interdisciplinaria acompañado por la accionada surge que la amparista presenta un cuadro de deterioro cognitivo (enfermedad de alzheimer) de curso progresivo y que sus déficits cognitivos presentan larga evolución. Aun cuando dicho informe no sugiere la cobertura del hogar, del mismo se desprende que la actora debe ser guiada por el personal de la institución donde se encuentra alojada, a fin de que mantenga rutinas de cuidados personales y para que dicho personal le brinde ayuda en sus actividades y necesidades de la vida diaria, como la preparación de alimentos, la higiene personal y la vestimenta personal (cfr. fs. 188/189 vta.).

A fs. 238/240, luce agregado el informe brindado por un médico neurólogo, el cual expuso que en razón de la evolución de la enfermedad de la paciente, demencia fronto-temporal variante conductual, enfermedad neurodegenerativa crónica, irrevocable y progresiva que implica sistema y funciones cognitivas de la paciente, al grado de la dependencia, que demanda asistencia máxima para realizar actividades habituales de la vida diaria, imposible de llevar adelante por cuidadores dada la carga, así como los trastornos conductuales propios de la enfermedad degenerativa, se indica continuidad de la institucionalización en el establecimiento en el que se encuentra, y donde cumple con las necesidades que la enfermedad crónica y progresiva de la paciente requiere.



Cabe poner de resalto que en la misma línea se ha expedido la perito médica designada en autos, quien aseveró que la paciente requiere de asistencia máxima y sostuvo que el esquema propuesto por la demandada (domiciliario) falla en un punto clave, cual es la sobrecarga del cuidador y la dificultad en el acceso precoz y la capacidad de gestión clínica directa. Refirió que puede ser que dicho sistema resulte válido para disminuir la carga prestacional pero el deterioro funcional pone al paciente en situación de necesidad. Aseveró que la única organización que por el momento se ha demostrado eficaz para disminuir la carga global de cuidados, es la que corresponde a los servicios de geriatría dotados de estructura física, como en el que se encuentra la Sra. A.M.S. (cfr. fs. 258/260).

A esta altura, conviene destacar que la demandada no ha controvertido con fundamentos médicos la necesidad de internación de la amparista, en tanto se limitó a aseverar que la misma puede ser cuidada por familiares o por personal de servicio doméstico (ver fs. 322 último párrafo).

La observación de las constancias médicas y del certificado de discapacidad obrantes en la causa permite concluir sin hesitación que la internación de la paciente resultaba justificada en función de su cuadro de salud, para un cuidado y seguimiento continuo, no resultando argumento suficiente la existencia de familiares continentes -tal como lo planteó OSDE-, ya que ello resulta relevante si se verifica la posibilidad cierta de que la persona con discapacidad pueda convivir en el seno de su grupo familiar (CNCCFed, Sala II, causa n° 5342/2013, del 16.12.16).

Lo cierto es que no existe en la expresión de agravios de la accionada una sola línea tendiente a discutir con fundamentos consistentes las conclusiones a las que arribó la perito médica designada en la causa y no ha formulado siquiera un mínimo análisis de las razones que llevaron a ésta a recomendar la continuidad de la internación.

A mayor abundamiento, corresponde recordar que el artículo 7° de la Ley 26.657 dispone que las personas con padecimiento mental tienen,





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

entre otros, el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades.

En función de lo dicho hasta aquí, no cabe sino confirmar el fallo apelado en cuanto a la obligación que pesa sobre la demandada de hacer frente a la internación de la actora en la institución Magnolia.

V. Corresponde pues, determinar el alcance de la cobertura, pues la magistrada de primera instancia limitó la misma a los topes establecidos en el Nomenclador (Resolución n° 428/99).

Ambas partes se agravian de este aspecto del fallo.

La actora sostiene que la cobertura debe ser integral pues la contraria jamás le ofreció una opción acorde a las necesidades de la amparista.

Por su parte, la demandada aduce que los valores establecidos en el Nomenclador son referenciales y no le pueden ser impuestos.

Al respecto, cabe recordar en primer término la doctrina emanada de la CSJN *in re* "V.I.R." (Fallos 340: 1269) y "T., I., H., en rep. U.E.G.T.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad) del 14.08.2018).

Allí, sostuvo que era bien conocida su doctrina según la cual reconocía el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también es doctrina del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia.

En tal sentido, no es ocioso señalar que en numerosas ocasiones esta Cámara ha sostenido que no resulta admisible que una vez iniciado un tratamiento en forma particular con un prestador ajeno a la red de prestadores



de la obra social o empresa de medicina prepaga a la cual pertenece el afiliado/a -como consecuencia de un acto voluntario suyo, sin la intervención de dicha entidad- pueda resultar aquella obligada a cubrir su costo (CNCCFed, Sala I, causa n° 11.071/05 del 20.12.05; Sala II, causa 7700/02 del 16.12.03 y esta Sala, causa n° 10.960/07 del 16.09.08), también lo es que en supuestos particulares se han admitido excepciones a ese principio general en el que se asienta el sistema de salud, cuando se acrediten en forma suficiente especiales circunstancias que lo justifiquen (conf. esta Sala, causas n° 9043/01 del 4.09.07, n° 3742/08 del 13.08.09, n° 8728/09 del 1.12.09 y n° 6041/11 del 6.10.11).

Pues bien, lo cierto es que en el *sub examen* no se ha acreditado -siquiera mínimamente- la concurrencia de circunstancias especiales que justifiquen apartarse del mencionado criterio. En efecto, más allá de la disconformidad con lo decidido, los actores no han aportado un solo elemento tendiente a acreditar de manera cierta que el valor establecido en el Nomenclador sea inferior al costo de internación en la institución “Magnolia” o, en su caso, que se encuentren imposibilitados de hacer frente al pago de la diferencia.

En cuanto el agravio de la accionada sobre esta cuestión, debe señalarse que la misma no ha demostrado que lo decidido es irrazonable o que no se ajusta a derecho. Es más, no arrimó siquiera un elemento que demuestre de manera clara y certera que el referido valor es desproporcionado para la prestación que requiere la actora.

En tales condiciones, corresponde confirmar también este aspecto del fallo apelado.

En cuanto al agravio de la actora mediante el cual critica la disposición de otorgar la cobertura por el tiempo que prescriba el médico tratante, cabe advertir que la causa versa sobre una prestación de ejecución continua, que debe concederse en la medida que se encuentre prescripta por el médico tratante, de acuerdo al grado de salud de la amparista y a su discapacidad. Por tal motivo, la queja vinculada a la posibilidad futura de que





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

la obra social demandada impugne un certificado médico que disponga la continuidad de la internación, es hipotética, conjetural y carece de asidero en esta instancia.

Para concluir, corresponde tratar ahora el agravio de la demandada referido a la cobertura de medicamentos, en el cual refiere que sólo debe cubrir aquellos que estén directamente relacionados con la patología discapacitante de la afiliada.

El presente agravio, debe ser declarado desierto pues no reúne en absoluto los requisitos apuntados en el art. 265 del Código Procesal por cuanto no contiene una crítica concreta y razonada de lo decidido en la anterior instancia y se remite a lo dicho al contestar el informe del art. 8° (ver fs. 174 vta.). A ello, cabe agregar que lo aseverado por la apelante carece de sustento médico y es además hipotético y conjetural, toda vez que no se refiere a ninguna prescripción en concreto. En virtud de ello, corresponde declarar desierto el presente agravio.

Por todo ello, no cabe sino confirmar la sentencia apelada.

No encontrando mérito para apartarse del criterio objetivo de la derrota dispuesto en el artículo 68, primer párrafo del Código Procesal, corresponde confirmar la distribución estipulada por el *a quo*.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE**: confirmar la sentencia apelada en todos sus términos. Las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida (cfr. art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

Teniendo en cuenta el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada por la dirección letrada de la parte actora Dr. César Martín Obiglio, así como la naturaleza de la pretensión y que fueron apelados por bajos, se elevan sus honorarios a la cantidad de 28 UMA.

Se elevan confirman los honorarios regulados en primer instancia a la perito médica, Dra. Carolina Guma (apelados por altos y por bajos).

Por las tareas de Alzada regúlense los emolumentos del Dr. César Martín Obiglio en la suma de 8,4 UMA (cfr. ley arancelaria vigente).



Regístrese, notifíquese -al Sr. Fiscal de Cámara- publíquese y devuélvase.

**Graciela Medina**

**Ricardo Gustavo Recondo**

**Guillermo Alberto Antelo**

