



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 11471/2018
ML, SILVIA c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de mayo de 2019. SB

VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 72/76 –fundado en el mismo escrito–, cuya respuesta luce a fs. 78/81, contra la medida cautelar decretada a fs. 58; y

CONSIDERANDO:

I.- Que el Sr. juez de grado hizo lugar a la ampliación de la medida cautelar solicitada por Silvia ML, ordenando a OSDE arbitrar los medios necesarios para autorizar y garantizar la cobertura del 100% del tratamiento de radiocirugía cerebral con Gama knife de acuerdo a lo prescripto por su médico tratante y de conformidad con la documental acompañada a fs. 56.

II.- Contra esta resolución se alzó la demandada quien argumenta que la decisión del magistrado excede lo cautelar, ordenando llevar a cabo una conducta determinada con anterioridad a la sentencia de mérito, coincidiendo el objeto de la medida innovativa decretada.

Agrega que en la causa no se cumple con el requisito de verosimilitud en el derecho necesario para el dictado de la medida cautelar y que el tratamiento se encuentra reservado para indicaciones muy precisas.

Por último, señala que no se encuentra configurado el peligro en la demora, afirmando que para el diagnóstico que padece la accionante, la Radioterapia Tridimensional Conformada, es el tratamiento más adecuado y que tiene mejor criterio de aplicación que el propuesto por el médico tratante de la actora.

III.- Así planteada la controversia, no es ocioso recordar que para el dictado favorable de una medida cautelar habrá de ponderarse el balance entre la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, en un juego armónico en el cual, cuanto mayor es la cantidad que se presenta de uno de ellos, menor es la cantidad que se requiere del otro.

Es dable puntualizar que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia

controvertida en el proceso principal, sino del análisis de su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado. Ello permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (confr. C.S., Fallos: 314:711), mediante una limitada y razonable aproximación al tema de fondo, concorde con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (confr. esta Sala, causas nros. 4938/12 del 27.5.12; 4158/14 del 8.7.15; 4820/15 del 5.4.16 y sus citas; entre muchas otras).

IV.- En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho 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 (confr. Fenochietto - Arazi, “Código Procesal Comentado”, t. I, pág. 742).

A lo que cabe añadir que las medidas cautelares están destinadas a dar tiempo a la Justicia para cumplir eficazmente su cometido (confr. Di Iorio, J., "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", LL 1978-B-826; Sala III, causa nro. 9.334 del 26.6.92).

Y que para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la procedencia del derecho invocado -extremo sólo definible en la sentencia final- (esta Sala, causas, 1.934/01 del 5.04.01; 4.007/07 del 20.11.08; 7.504/09 del 13.10.09; 4.189/08 del 28.08.08; 210/10 del 31.03.11; 2657/12 del 5.7.12; Sala III, causas n° 7.815/01 del 30.10.01 y 5.236/91 del 29.09.92) sino tan sólo un examen prudente por medio del cual sea dado percibir en el peticionario un “*fumus boni iuris*”.

Pues la verosimilitud del derecho equivale, más que a una incontestable realidad, a la probabilidad del derecho en cuestión (esta Sala, causa N° 1.934/01, cit.), siendo además, que el juzgamiento actual de la pretensión sólo es posible mediante una limitada aproximación al tema planteado, ponderando los estrechos márgenes cognitivos del ámbito cautelar (esta Sala, causa N° 7031/18 del 15.4.19).

V.- Sentado lo anterior, el carácter innovativo de una medida precautoria no es, por sí mismo, un obstáculo para su procedencia; y lo



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 11471/2018

mismo sucede con la coincidencia total o parcial entre su objeto y el de la acción, en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (confr. esta Sala, causa 6814/14 del 21.8.15 y 3606/13 del 28.6.16, entre otras), valorando para ello tanto el estado de la parte que la solicita como el resguardo del derecho de defensa de su contraria (C.S.J.N. Fallos: 320:1633).

Ello no implica desconocer la prudencia con que se debe apreciar los recaudos que hacen a su admisión, ponderando que alteran el estado de hecho o de derecho existentes al tiempo de su dictado y configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (confr. C.S.J.N., Fallos: 316:1833; 319:1069, entre otros). Sin perjuicio de ello, este tribunal ha juzgado que en casos como el presente, la procedencia de una medida precautoria –aun cuando tenga carácter innovativo– debe ser menos riguroso que en otros, dadas las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer prestaciones como la que es objeto de la decisión apelada (confr. causas 1993/12 del 14.5.13 y 407/14 del 18.11.14, entre otras).

VI.- Por otro lado, cabe recordar 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).

Es que, el PMO 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 (cfr. Sala I, doct. causas 630/03 del 15/4/03 y 14/06 del 27/4/06, entre otras), conformado por un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (cfr. Sala I, causas 8545 del 6/11/01, 630/03 del 15/4/03 y 14/2006 del 27/4/06).

VII.- Ahora bien, de la documental acompañada, se desprende que la Sra. ML, padece cáncer de pulmón de células no pequeñas

estadio IV EGFR WT, ALK-, PDLI: 5% PS:1 con metástasis cerebrales, óseas y hepáticas.

Señala que su médico tratante Dr. Julio C. Antico, Neurocirujano -MN 49.140- le indicó un tratamiento de radio-cirugía cerebral con Gamma Knife, conforme la orden médica que obra en poder de la accionada y la epicrisis (confr. fs. 42/49 y fs. 56).

Ante dicha solicitud, la demandada mediante la nota del 9 de enero de 2019 firmada por la Subgerencia de Asesoría Médica Gerencia Médica de Prestaciones, rechazó el tratamiento alegando que si bien se encuentra incluido en los anexos del PMO, tiene prevista su autorización sujeta a determinados parámetros. Añadió que ese tipo de tratamiento está fuera de consideración para pacientes que padecen de patología neoplástica en estadio avanzado con metástasis compromiso multiorgánico no controlado.

En este sentido, debe señalarse que, en casos como el presente, donde la indicación de la médico tratante colisiona con el criterio de la obra social, como regla general, cabe atender a lo prescripto por el primero, ya que es dable presumir de su parte un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para el paciente.

VIII.- Lo expuesto es suficiente, por el momento, para tener por configurada la verosimilitud en el derecho. En suma, toda vez que se encuentra en juego el derecho a la salud, de rango constitucional (conf. arts. 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; en esencial el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ratificado por Ley N° 23.313), no es irrazonable pretender que se le brinde a la actora la prestación requerida, teniendo en cuenta su estado de salud y la atención que necesita, hasta que se dirima el amparo interpuesto.

IX.- Respecto al peligro en la demora, se presenta por la situación que se ha creado, es decir, el estado de incertidumbre relacionado con los derechos de la afiliada a tener la asistencia que reclama y que, de acuerdo a lo resuelto precedentemente, merece ser protegida de manera preventiva.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 11471/2018

En mérito a lo expuesto, el tribunal **RESUELVE:** confirmar el pronunciamiento apelado, con costas (at. 68 y 69 del CPCC).

El doctor Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Difiérese la regulación de los honorarios para el momento en que se dicte la sentencia definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

EDUARDO DANIEL GOTTARDI