

Medidas Cautelares Empresa De Medicina Prepaga Derecho A La Salud Del Nino Leche Medicamentosa Plan Medico Obligatorio

JURISPRUDENCIA

Medidas cautelares. Empresa de medicina prepaga. Derecho a la

salud del niño. Leche medicamentosa. Plan Médico Obligatorio Se confirma la medida cautelar que ordenó a una empresa de medicina prepaga a que proceda a suministrar el 100% de la cobertura de leche de fórmula en beneficio de un menor que padece alergia a la leche de vaca -según prescripción médica y mientras dure su tratamiento-, pues se trata de una protección especial, esencial e imprescindible para la preservación de su vida. Salta, 27 de julio de 2015 VISTOS: El recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 06/12 vta. y; CONSIDERANDO: I. Vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia efectuada contra el decisorio del 23/09/2014 (fs. (03/05 vta.) por el que se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr. Daniel Ángel Scheike, en representación de su hijo menor T. S., ordenando a Sancor Salud a que en forma inmediata y perentoria proceda a proveer al menor la leche Neocate con una cobertura del 100%, según prescripción médica y mientras dure su tratamiento. II. A fs. 06/12 vta. la recurrente expresó su disconformidad con la resolución impugnada solicitando su revocación. En este sentido manifestó que no ha existido denegatoria ni reticencia, ni se ha configurado ningún acto lesivo de los derechos del amparista, habiendo éste recibido en todo momento, según indicó, las prestaciones que hacen a su derecho y que están contenidas en el PMO, único menú al que dijo encontrarse obligada en su carácter de Agente del Sistema del Seguro de Salud. Añadió que las fórmulas lácteas medicamentosas tienen cobertura sólo para los menores de un año de acuerdo con los requerimientos indicados por su médico tratante y previa auditoría, mientras que las leches maternizadas, como la reclamada en autos, no se encuentran contempladas en las guías de referencia de prácticas clínicas de la Superintendencia de Servicios de Salud, ni están comprendidas en el anexo III del formulario terapéutico de la Resolución 201/20002, como así tampoco en las resoluciones 1991/05 y 939/2000, del Ministerio de Salud de la Nación. Por otro lado, continuó, no figura en el listado de cobertura especial del PMO, ni en las resoluciones 1/98 APE y 500/04 de la Administración de Programas Especiales. Asimismo destacó que, luego del año de edad, la alimentación de los niños, de acuerdo a las recomendaciones nacionales e internacionales, debe ser variada dejando de ser la leche su alimento fundamental. Por otra parte precisó que no se trata de un menor discapacitado, por lo que, subrayó, no se le aplica lo dispuesto en la ley 24.091 que prevé para las personas con ese carácter la cobertura del 100% de los medicamentos inherentes a su discapacidad. Destacó también que conforme al art. 14 de la Constitución Nacional el Estado reglamentó, mediante el Decreto 492/95, el derecho a la salud, determinando que los beneficiarios tendrán acceso a un Programa Médico Obligatorio a través de los agentes del seguro de salud. Así las cosas, prosiguió, al no haberse solicitado la inconstitucionalidad del mentado programa y/o del decreto 492/98 y de las leyes 23.660, 23.661 y 26.682, tales normas mantienen plena vigencia. Alegó de igual modo que los recursos que administra la mutual para ofrecer las prestaciones a sus beneficiarios son limitados y por lo tanto debe ceñirse al PMO y al listado de prestadores contratados. De lo contrario, señaló, una asistencia adicional a un paciente, puede afectar la capacidad de la Institución para brindar los servicios obligatorios; a lo que agregó que es el Estado Nacional quien asumió el compromiso de garantizar el derecho a la salud sin restricciones. Se refirió en este punto a lo establecido en el artículo 12, incisos c) y d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; al art. 11, inc.1, apartado f) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer; al art. 5, inc. d), apartado IV, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; a la Convención de los Derechos del Niño y al art. 4, inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica. Citó jurisprudencia; adujo la improcedencia de la medida otorgada con fundamento en que se agota en la pretensión cautelar el objeto del amparo deducido, e hizo reserva del caso federal. III. A fs. 17/18 la parte actora contestó el traslado que le fuera conferido exponiendo que la recurrente menciona haber cumplido desde el día siguiente de la notificación de la cautelar con la entrega de lo petitionado cuando, en realidad ello no sucedió, por lo que, incluso, debió pedir la aplicación de astreintes para compeler su cumplimiento lo que demuestra su desinterés por la salud del menor. Indicó que el 31 de octubre de 2014 solicitó a Sancor Salud el importe necesario para comprar la leche y la demandada se lo negó. Igual suerte corrió en fecha 5 de noviembre de 2014, por lo que resulta falso que no haya solicitado la entrega con la orden actualizada como sostiene su contraria. En definitiva solicitó que se deniegue el recurso y que se establezca un importe económico a favor de los actores por el daño sufrido a partir de la falta de entrega de la leche desde la interposición del recurso y hasta la fecha. IV. Ante todo cabe tener presente que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4, inc. 1 y art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; art. 6,

inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En cuanto a su trascendencia nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que "el derecho a la salud, (?) está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el 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 un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (Fallos: 329:4918, entre muchos otros). V. Que tratándose de una medida cautelar cabe tener presente sus características esenciales, como la interinidad y mutabilidad, razón por la cual no causan estado y siempre pueden ser modificadas en tanto y en cuanto varíe la situación de hecho que justificó su dictado (Digesto Práctico La Ley, Medidas Cautelares y Procesos Urgentes, primera edición, pág. 62). En ese sentido, la resolución que dispone medidas cautelares es siempre provisional y puede ser modificada o suprimida atendiendo a la variación o a la invalidez de las circunstancias del caso (Fallos: 289:181). La Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que frente a la naturaleza que revisten las medidas cautelares, no cabe exigir de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo sobre su verosimilitud, encontrándose el juicio de verdad en esta materia en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético dentro de lo cual agota su virtualidad (Fallos: 306:2060; 323:3856; 335:49). Además de ello, no es inútil destacar en lo atinente a la invocada coincidencia entre el objeto de la medida y la pretensión de fondo, que se ha señalado que, en esas condiciones, no se puede descartar el acogimiento de la medida cautelar pedida so peligro de incurrir en prejuizamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema in re "Camacho Acosta, Maximino c Grafi Graf SRL y otros" C2348 XXII, del 7/8/97 ? Fallos: 320:1633). VI. Preciado lo anterior, se advierte que la demandada rechazó a fs. 35/41 del Expte.12933/2014 el pedido de cobertura total de la fórmula Neocate efectuado por el amparista en fecha 11/09/14 -fs. 19/28-, afirmando para ello que las leches medicamentosas tienen cobertura sólo para menores de un año y que respecto a las leches maternizadas, como es el caso de la Neocate, ha de estarse a lo establecido por el Programa Médico Obligatorio (PMO). En definitiva, sostuvo, que lo requerido por medida cautelar no cuenta con cobertura total por parte de la obra social; señalando, asimismo, que no se ha probado en autos que el amparista carezca de medios para afrontar el 60% del costo de la leche nutricional requerida (\$? la lata de 400 grs. de acuerdo al troquel acompañado a fs. 6) ya que su parte cubriría el 40% restante conforme a la normativa vigente por haber superado el menor el primer año de edad (confr. fs. 39 vta.). VII. Pues bien; de las constancias de autos surge que el menor T. S. M. nació el 20/5/2014 (fs. 1) y que el reclamo extrajudicial que nos ocupa fue realizado el 5 de setiembre de 2014 (fs. 11/12) y el amparo fue iniciado el 11/09/2014 (fs. 28) fluyendo especialmente de fs. 3 que el niño padece de alergia alimentaria. Además obra copia de la prescripción médica de la fórmula de NEOCATE solicitada a fs. 7, y a fs. 13 vta. informe de la pediatra Lucrecia Alba Rojas en el que se consigna que solamente tolera preparados con aminoácidos mas vitaminas leche Neo Cote Gold ya que manifestó reacción alérgica severa en piel y cólicos intensos con diarrea, por lo que, dado que es el único alimento (por los 3 meses de edad que tiene el bebe) que puede recibir, dicha profesional solicitó esta leche con carácter de urgente. Por su parte a fs. 15 la especialista Dra. Gladys Victoria Villarruel refiere a que el niño presenta antecedentes de eczema atópico, cólicos y reflujo gastroesofítico persistente, realizándose cambios de diferentes fórmulas hidrolizadas con persistencia de síntomas, por lo que se indica fórmula a base de aminoácidos. A lo dicho se añade que el amparista al relatar los hechos puntualizó que el niño no sólo presenta reacciones frente al consumo de leche sino también a los medicamentos que se le fueron suministrando desde que nació, de manera que todas sus ingestas deben estar sumamente controladas. Por lo demás, a fs. 1 de las actuaciones relativas a la cautelar se refleja que el amparista informó que el pote de 400 grs. de la leche indicada cuesta \$? y que resulta imposible su adquisición en forma particular ya que ese gasto debe realizarse cada tres días. A fs. 38 este Tribunal solicitó como medida para mejor proveer que tanto el actor como la accionada informen en el plazo de cinco días la situación actual del menor Tomas Scheike en lo relativo a la patología denunciada y al tratamiento reclamado en autos, presentando la respectiva documentación. La Obra Social respondió a fs. 45 que viene dando cumplimiento a la cobertura del 100% y acompañó constancias a fs. 41/44. Por su parte el amparista presentó informe a fs. 49 agregando historia clínica de fecha 12/6/2015 (original y copia) firmada por la Dra. Gladys Villarruel, gastroenteróloga infantil, en la que se manifiesta que T. presenta antecedentes de cólicos persistentes, eczema atópico, irritación anal, vómitos desde los primeros meses de vida asociados a la alergia a la leche de vaca y que no tolera ninguna fórmula hidrolizada por lo que fue indicada una a base de aminoácidos (Neocate) con la que evidencia franca mejoría. A los 10 meses consultó por residiva de síntomas asociados a la reintroducción de leche de vaca (?) y se indicó medicación antirreflujo y fórmula hidrolizada con mala respuesta, debiendo reiniciar dieta estricta de exclusión de lácteos y fórmula a base de aminoácidos Neocate Advance con la que debe continuar hasta que supere su alergia. Finalmente surge de fs. 46 que el día 12 de junio de 2015 la médica tratante consideró imprescindible la ingesta de Neocate, insistiendo el amparista en las dificultades para su

obtención (fs. 49). VIII. Sentado lo que antecede deviene necesario examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora a fin de resolver la apelación en trato. La cuestión en examen debe ser analizada partiendo de la base que la cautelar solicitada -en el marco de un proceso de amparo- está dirigida a la provisión de una fórmula especial (Neocate) que la accionada entiende fuera de sus obligaciones por no estar incluida en el Programa Médico Obligatorio. Al respecto, cabe poner de relieve el criterio ya sostenido por este Tribunal, en el sentido de que el PMO no tiene carácter pétreo, sino dinámico y elástico y que no constituye un techo prestacional, porque, teniendo en cuenta que tal plan es el resultado de la evaluación permanente del Estado, a través de sus órganos competentes respecto a las distintas prácticas, tecnologías, medicamentos y demás prestaciones disponibles en el mercado, corresponde atenerse a lo allí establecido, salvo casos de urgencia o de extrema necesidad que ameriten un ensanchamiento en la cobertura que se puede requerir a las obras sociales (confr. esta Cámara en ?R.N.F. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo?, resolución del 3 de setiembre de 2010 y ?García Cecilia del Valle en representación de su hijo c/Obra Social de Petroleros s/medida cautelar?, resolución del 30 de julio de 2012). Siguiendo con el análisis se tiene que en los considerandos de la resolución 201/2002 que aprueba el Programa Médico Obligatorio -que hoy se encuentra vigente conforme a los términos y con las modificaciones de las posteriores resoluciones 1991/2005 y 1714/2007- se expone que ??se consideran prestaciones básicas esenciales las necesarias e imprescindibles para la preservación de la vida y la atención de las enfermedades (?). (? este Programa Médico Obligatorio (?) donde se establecieron como objetivos generales: sostener y mejorar el sistema de salud para evitar el impacto sanitario de la crisis socioeconómica, priorizar la prevención y la atención de la salud materno-infantil?. El anexo determina la cobertura básica que brindarán los Agentes del Seguro de Salud y dentro de la ?cobertura? refiere, entre otras cuestiones, al ?Plan Materno Infantil?; a la ?Atención del recién nacido hasta cumplir un año de edad? y comprende: a) embarazo y parto; b) infantil: para establecer en el apartado c) que ?A fin de estimular la lactancia materna no se cubrirán las leches maternizadas o de otro tipo, salvo expresa indicación médica, con evaluación de la auditoría médica?-el destacado es propio-. En lo concerniente a las restantes disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico vigente y a los principios que se refieren al asunto que aquí se analiza, cabe destacarse la necesidad de protección especial de los niños. Bajo ese marco normativo y ante la contundencia de las prescripciones médicas en orden a la imperiosa necesidad de que el menor continúe ingiriendo la leche Neocate, a prima facie, se considera acreditada la verosimilitud del derecho sin que la recurrente acompañara elementos que permitan arribar a una solución contraria a la expresa y fundada indicación médica. Respecto del peligro en la demora no puede perderse de vista que el menor sólo tolera la leche Neocate y que, por tanto, depende de la nutrición que ésta le aporte. Así la cosas, puesta en correspondencia las circunstancias fácticas reseñadas y de acuerdo al orden normativo transcrito, se considera que procede confirmar la cautelar en el marco provisional que le es propio y disponer el suministro de la leche en cuestión al encontrarse demostrada la singularidad y gravedad de la situación en particular ya que, conforme surge de la historia clínica y de los certificados médicos, el menor: 1) no respondió favorablemente a otros compuestos suministrados; 2) su nutrición se encuentra fuertemente deteriorada; 3) sólo se alivian sus dolencias con la leche especial solicitada; 4) su mejoría depende de ello; 5) la obra social niega estar obligada a la cobertura en un 100%; y 6) a partir de la medida para mejor proveer dispuesta el 4 de junio del corriente año la situación no parece haberse modificado (confr. fs. 48 -reclamo ante Sancor Salud fechado el 21/5/2015-). Ahora bien: sin perjuicio de que las consideraciones precedentes conducen al rechazo de la impugnación deducida, teniendo presente que se trata de una decisión cautelar, cabe limitar el alcance de la resolución de primera instancia por entenderse equitativo establecer un plazo determinado durante el cual deberá evaluarse periódicamente la respuesta clínica del menor a la fórmula Neocate y la posibilidad de que el niño asimile otros compuestos, a fin de no prolongar más allá de lo estrictamente necesario la provisión de tal leche. Por lo expuesto corresponde rechazar el recurso incoado y ordenar a Sancor Salud, que continúe brindando al niño Tomas Scheike Meragaglia, afiliado bajo el N° ? la fórmula Neocate en las cantidades indicadas por su médica tratante por el término de seis meses o bien hasta que se resuelva la cuestión de fondo, lo que ocurra primero, curso durante el cual deberán realizarse controles médicos al menor a los fines de evaluar su respuesta clínica y la posibilidad de que asimile otros compuestos, haciéndole saber a la demandada que, de persistir la necesidad de consumo de la fórmula aquí solicitada, deberá continuar con su suministro al 100% hasta tanto los médicos tratantes determinen lo contrario o bien se dicte sentencia de fondo haciendo lugar a su pretensión. Las costas se imponen por su orden porque la demandada pudo creerse con derecho a defender su posición (art. 68, 2° apartado, CPCCN). Por lo que, se RESUELVE: I.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 6/12 y vta. y, en consecuencia, confirmar la medida cautelar de fs. 3/5 y vta. con los alcances establecidos en los considerandos. Costas por el orden causado (art. 68, 2° apartado, CPCCN). II) REGÍSTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y, oportunamente, devuélvase. No firma el tercer vocal por encontrarse vacante el cargo. Fdo. Dres. Luis Renato Rabbi-Baldi Cabanillas- Jorge Luis Villada- Jueces de Cámara- Ante mí: Ernesto Solá- Secretario

Correlaciones: C. L., J. P. c/OSDE s/amparo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala I - 04/12/2014

002772E