

## Derecho A La Salud Obra Social Cobertura Medica Personas Con Discapacidad Gastos Medicos Y De Traslado Prueba Carga Dinamica

### JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Obra social. Cobertura médica. Personas con

discapacidad. Gastos médicos y de traslado. Prueba. Carga dinámica Se hace lugar a la acción por daños interpuesta por el actor, padre de una menor que sufre ?encefalopatía crónica no evolutiva?, y se ordenó a la obra social demandada que autorice la derivación de la niña al establecimiento de salud que el actor precise en la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que se le practiquen los estudios que le prescribió su médica tratante, como también que la derivación se efectúe mediante un transporte especial, vía aérea y con auxilio de uno de sus padres. Todo ello en virtud de encontrarse en juego el derecho a la salud de una persona con discapacidad. [Ver Correlaciones](#) Salta, 30 de diciembre de 2015. VISTO: El recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 73/75. CONSIDERANDO: 1.1) Que vienen las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación deducido por la Obra Social Unión Personal contra la resolución de fs. 66/70, por la que el juez de la anterior instancia hizo lugar a la demanda promovida por el Sr. Daniel Alejandro V. en representación de su hija menor de edad M. S. V. O., quien padece ?encefalopatía crónica no evolutiva? y, en su mérito, ordenó a la demandada que autorice la derivación de la niña al establecimiento de salud que la actora precise en la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se le practiquen los estudios que le prescribió su médica tratante. Asimismo, dejó establecido que la derivación se debía efectuar mediante un transporte especial, vía aérea y con auxilio de uno de sus padres. Paralelamente, desestimó el reclamo de daño punitivo formulado por el accionante. En cuanto a las costas, las impuso por su orden por aplicación del beneficio de justicia gratuita indicado en el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor. Para resolver en el sentido indicado, el sentenciante de grado en primer término avaló la postura del actor de regir el presente caso por la Ley de Defensa de Consumidor; ello con sustento en la jerarquía constitucional que tienen los derechos de los usuarios y consumidores, en que su aplicación es de orden público y en el hecho de que las obras sociales al proveer servicios de salud actúan en forma profesional, lo que las hace competir con las empresas de medicina prepaga. Seguidamente, señaló que se encuentra demostrada la patología que afecta a la menor, que cuenta con certificado de discapacidad, habiéndose solicitado su derivación a la Ciudad de Buenos Aires, sin que la accionada diera curso a ese pedido. En tal marco, resaltó que mediante ley 25.580 se aprobó la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le asignó a la protección y asistencia universal de la infancia discapacitada el carácter de política pública y que el art. 2º de la ley 24.901 establece que las obras sociales deben brindar cobertura integral de las prestaciones básicas que necesitan las personas con discapacidad afiliadas a las mismas. Agregó que la demandada no demostró el gravamen económico que le ocasiona acceder a la pretensión del actor. Por otro lado, luego de efectuar una delimitación conceptual de los daños punitivos regulados por la ley 24.240, explicó que los requisitos para su procedencia son: un hecho generador, el incumplimiento de sus obligaciones por parte del proveedor y la existencia de daño. Con respecto a la primera de esas exigencias, aseguró que se encontraba configurada por la grave enfermedad que aqueja a la menor. Sin embargo, argumentó que los otros dos presupuestos no se encontraban cumplimentados, toda vez que la accionada no se negó ?de manera concluyente? a autorizar la derivación ofreciendo alternativas de cobertura y no se demostró que la demora en acceder a lo solicitado hubiese empeorado la salud de la niña. 1.2) Que a fs. 73/75 la recurrente expresó agravios, sosteniendo que no se acreditó que el Instituto Fleni o el Hospital Italiano tengan mayor idoneidad para el tratamiento de la patología que afecta a M. S. V. que los prestadores que ofreció la obra social. Añadió que la médica que solicitó la derivación de la paciente no precisó que los estudios deban necesariamente efectuarse en los centros que propuso. Por otro lado, observó que el actor siempre confió en el criterio de la obra social para elegir los prestadores que atienden a la menor, por lo que no comprende su actual postura de rechazar los que le ofrece. Asimismo, advirtió que los argumentos utilizados en la sentencia de grado para ordenar la cobertura resultan contradictorios con los que se fundó el rechazo del daño punitivo. Hizo reserva del caso federal. 1.3) Que a fs. 79/85 el actor contestó agravios, alegando que la apelación de la obra social no constituye una crítica concreta y razonada en los términos del art. 265 del CPCCN. En otro orden, puntualizó que la derivación se sustentó en una prescripción formulada por un profesional altamente capacitado, sin que sea necesario que éste explique los fundamentos de razonamiento y juicio que lo llevaron a efectuarla. Agregó que si la obra social consideraba insuficientes los argumentos brindados por la Dra. Pasteris, debería haber requerido que se brinden mayores precisiones. Finalmente, aseveró que la accionada no demostró que los centros médicos cuya cobertura ofrece tengan experiencia comprobable en el tratamiento de patologías como la que padece la niña, mientras que el Instituto Fleni y el Hospital Italiano cuentan con una reconocida trayectoria y con profesionales expertos. 1.4) Que a fs. 90/91 el Defensor Oficial

consideró acertada la actuación del representante legal de la menor y puntualizó que se debe garantizar el cumplimiento del tratamiento que se le indicó. 1.5) Que a fs. 92/93 el Fiscal General Subrogante se expidió por la competencia de este Tribunal para intervenir en las presentes actuaciones. 2) Que ante todo, cabe analizar si se verifica en el recurso de apelación la alegada falta de fundamentación. Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, la expresión de agravios debe constituir una exposición que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución recurrida y que sea idónea para demostrar la errónea aplicación del derecho o la injusta valoración de las pruebas producidas, porque el mero hecho de disentir con la interpretación dada en el pronunciamiento apelado o de reiterar planteos anteriores no es suficiente para sustentar el recurso (esta Cámara en "Alimentos de Argentina S.A. - Alimar S.A. - c/ Dirección General de Aduanas", del 1/10/13; CNCont. Adm. Fed., Sala III, "Rizzo, Jorge Gabriel - Inc. Med. y otro c. EN - PEN - Ley 26.855", del 25/06/13, entre otros). Así las cosas, del examen de la pretensión revisora se advierte que las críticas de la accionante satisfacen las exigencias que establece el citado art. 265 del Cód. de forma, por lo que su tratamiento se encuentra habilitado. 3) Que el derecho a la salud -y en especial en el caso de una persona discapacitada- se halla protegido por un amplio marco de disposiciones de carácter constitucional, como el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (art. 12) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25). En el plano infraconstitucional, la persona con discapacidad se encuentra amparada por las previsiones de la ley 22.431 (art. 2) y de la ley 23.661. A lo que cabe añadir que la ley 24.091 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas inmersas en tal situación, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1). En lo concerniente a las obras sociales, la norma 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). Asimismo, la ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que tiene por objeto "... promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (art. 1). A su vez, dado que se encuentran en juego los derechos de una menor, la misma goza de un doble régimen especial de protección, no sólo de acuerdo a las normas de protección de la discapacidad, sino también de los derechos del niño (conf. citado art. 75, inc. 23 Const. Nac.). 4.1) Que dicho lo que antecede, cabe señalar que no se encuentra controvertido que la niña M. S. V., de 7 años y afiliada N° ... de la Obra Social Unión Personal, padece "... Encefalopatía Crónica no Evolutiva Secundaria o prematuridad...?" y "... Epilepsia, secundaria, RMN donde se observa una displasia cortical ...?" (fs. 7), contando con certificado de discapacidad expedido por el Gobierno de la Provincia de Salta (fs. 4). En tal marco, el actor acompañó un certificado suscripto el 12 de agosto de 2014 por la médica pediatra especialista en neurología infantil Dra. María C. Pasteris en el que solicita para la menor "... derivación a la Ciudad de Buenos Aires para realizar estudios que no contamos en nuestro medio, para evaluar si la paciente es candidata a cirugía de la Epilepsia. Opciones: FLENI - Hospital Italiano?" (fs. 6) y otro en el que precisó que el traslado debía efectuarse vía aérea y con acompañante (fs. 8). Con fundamento en esa prescripción médica promovió la presente acción a fin de que se le autorice esa derivación, pretensión que fue resistida por la demandada por no formar las instituciones propuestas parte de su cartilla de prestadores. En definitiva, el quid de la cuestión radica en determinar si corresponde o no que la demandada autorice la derivación de M. S. V. al Instituto Fleni o al Hospital Italiano de la Ciudad de Buenos Aires para realizar estudios y evaluar si es candidata a cirugía de epilepsia. 4.2) Que la obligación de la accionada de brindar cobertura a la menor por los estudios que se le prescribieron encuentra su respaldo normativo en las previsiones del art. 39 inc. b) de la ley 24.901 que impone a los entes que prestan cobertura social la obligación de reconocer a favor de las personas con discapacidad "Aquellos estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados en la presente ley, conforme así lo determinen las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 ...?". Ahora bien, la controversia en este caso se origina por el hecho de que el actor pretende que esa cobertura abarque una institución que no es prestadora de la demandada. Sobre este punto, liminarmente conviene destacar que el sistema de cobertura de las obras sociales no contempla la libre elección de médicos y prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por dichas entidades para la atención de sus afiliados por lo que, como principio general, no corresponde autorizar prácticas realizadas extramuros de los servicios tasados por las obras sociales (esta Cámara, "N. G., T. -en representación de su madre L. P., G. c/ PAMI s/ amparo-medida cautelar", del 18/02/11). Sin embargo, la regla sentada ha de ceder si se verifica que la mayor efectivización del derecho a salud del afectado se logra a partir de prestadores extramuros. Esa particular situación se encuentra presente en este caso, pues la solicitud del actor cuenta con el respaldo del certificado suscripto por la neuróloga infantil Dra. Pasteris, quien señaló que los estudios prescritos no podían ser efectuados "en nuestro medio" y propuso como opciones al Instituto Fleni y al Hospital Italiano (fs. 6). 4.3) Que si bien la recurrente manifiesta que no se probó que la derivación deba necesariamente realizarse a uno de esos

centros; lo cierto es que deviene aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene 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, -a contrario sensu- debe demostrarse la exorbitancia o sinrazón de la elección del afiliado (CSJN, R. 104. XLVII. REX, ?R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de Sanidad?, del 27/11/12; esta Cámara, ?A. C., M. A. -en representación de su padre A., R.- c/ PAMI?, del 2/02/15). Esas circunstancias no se verificaron en autos, pues de las constancias obrantes en estas actuaciones surge que la accionada se limitó a manifestar que puso ?... a disposición de la menor al Dr. Pasqualini y su equipo en la Ciudad de Buenos Aires, profesionales altamente capacitados en el área...? (fs. 25 vta.), pero no especificó la especialidad ni los antecedentes de ese profesional, ni tampoco informó en que institución se podrían realizar los estudios. En esta línea argumental, esta Cámara ha sostenido que ?... ?poner a disposición una alternativa', supone una conducta activa que se inicia con la información adecuada, veraz, clara y completa de las opciones posibles y que se extiende al acercamiento y facilitación de los medios necesarios para poder valerse de aquellas ...? (D. E, S. D. -en representación de su hijo N., A. c/ OSDE?, del 03/06/15). En efecto, el art. 42 de nuestra Ley Fundamental establece, en su parte pertinente, que ?Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, (...) a una información adecuada y veraz?. Por su parte, el art. 4 de la ley 24.240 dispone ?El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión?. A lo que cabe agregar que, ?el deber de colaboración de las partes, que se asienta y desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal (...) se traduce en la imposición de la carga de aportación a la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentra en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad de actor o demandado? (Arazi, Roland - Berizconde, Roberto O y Peyrano, Jorge W., ?Cargas probatorias dinámicas?, La Ley, 2011 - D, 1038. En el mismo sentido, esta Cámara en la causa, ?Actuaciones relativas a A. V., N. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ medida cautelar?, sent. del 17/03/11). En otro orden, resulta fundamental destacar que nada dijo la prestataria de salud en cuanto al costo de la prestación ni acerca de la existencia de diferencias económicas que tornen gravoso o de imposible cumplimiento su obligación de cubrir lo admitido en la sentencia que se apela. 5) En virtud de las razones expuestas precedentemente y recordando que los menores -y más aun si son discapacitados- además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (Fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413); corresponde rechazar la apelación de la obra social. Las costas de alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68, primer párrafo del CPCCN). En mérito a lo expuesto, se RESUELVE: I) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 73/75). Costas de alzada a la demandada vencida. II) REGÍSTRESE, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Fdo. Dres. Catalano-Elias-Castellanos- Ante mi María Ximena Saravia

Correlaciones:

Ley 24901 - 05/12/1997  
03/06/2015

D. L., S. D. -en representación de su esposo N. A.- c/OSDE s/amparo - Cám. Fed. Salta -  
005466E