

Derecho A La Salud Amparo Obras Sociales Cobertura Integral Medidas Cautelares

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Amparo. Obras sociales. Cobertura integral. Medidas cautelares Se revoca parcialmente la sentencia recurrida, ordenando precautoriamente a la obra social demandada otorgar a la amparista la cobertura total de la prestación educativa de escolaridad en el colegio pretendido, así como la provisión de un transporte especial para concurrir a dicho establecimiento escolar.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 11 días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa A-7160-MP0 ?LUDUEÑA BRENDA ELISA EN FAVOR DE M.L.R.D. c. I.O.M.A. s. AMPARO s. INC. IMPUGNACION DE MEDIDA CAUTELAR?, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Mora y Riccitelli y considerando los siguientes: ANTECEDENTES I. El titular del Juzgado de Ejecución Penal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, con fecha 21-03-2017 dictó resolución y rechazó la medida cautelar solicitada por la Sra. Brenda Elisa Ludueña, en representación de su hija menor de edad discapacitada (M.L.R.D.) que padece de Síndrome de Rubinstein Taybi [v. fs. 33/36]. II. Con fecha 23-03-2017 la accionante -previa aclaración en torno al objeto de la medida cautelar requerida- interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio contra el referido pronunciamiento [cfr. fs. 40/43]. III. Por auto de fs. 44/45 el a quo tuvo presente el recurso de reposición con apelación en subsidio deducido por la actora en contra de la resolución de fecha 21-03-2017 y -previo a resolver- decidió correr vista del planteo a la Asesoría de Incapaces en turno, por el término de 24 hs. IV. A fs. 48/51 se presenta el Sr. Defensor Oficial subrogante -provisoriamente a cargo de la Asesoría de Incapaces N°2 del Departamento Judicial Mar del Plata-, toma intervención en la presente causa en representación de la menor (cfr. art. 103 del C.C.C. y 38 de la ley 14.442) y deduce recurso de apelación contra el pronunciamiento de fecha 21-03-2017, en tanto rechaza la medida cautelar solicitada por la amparista en su escrito inicial. V. Por auto del 29-03-2017 el juez de grado decidió hacer lugar parcialmente al recurso de reposición interpuesto por la actora y, consecuentemente, conceder en relación y con efecto devolutivo el recurso de apelación por ella incoado en forma subsidiaria, así como el embate interpuesto por el Sr. Defensor Oficial subrogante, disponiendo la formación del correspondiente legajo de conformidad con el art. 250 del C.P.C.C. [fs. 52/57] VI. Cumplida la manda, a fs. 89 el magistrado de la instancia ordenó la elevación del legajo de apelación a esta Alzada. VII. Recibido el expediente en este Tribunal [v. fs. 58 in fine] y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia [v. fs. 59], corresponde plantear la siguiente CUESTION ¿Son fundados los recursos de fs. 40/43 y 48/51? A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Mora dijo: I.1. Conforme lo adelantado en el relato de los antecedentes, a través de la resolución de fecha 29-03-2017 el a quo hizo lugar parcialmente al recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto por la actora y, consecuentemente, decretó una medida cautelar innovativa ordenando que la accionada I.O.M.A. otorgue a la menor discapacitada M.L.R.D. la cobertura del 100% de las siguientes prestaciones: i) fonoaudiología; ii) terapeuta ocupacional; iii) bonos de consulta ilimitados para concurrir a los controles; iv) inmunología; v) cirujano infantil; vi) genetista; vii) neurología; viii) acompañante terapéutico; ix) otorrinolaringología infantil; x) oftalmología; xi) gastroenterología; xii) traumatología; xiii) endocrinología; xiv) odontología; xv) hidroterapia y xvi) transporte especializado para concurrir a dichas terapias; todo ello hasta tanto se otorgue el alta médica o recaiga sentencia en este proceso ordenando lo contrario [cfr. fs. 56 vta.]. Contrariamente, el juez de grado no solo mantuvo el rechazo de la pretensión cautelar en la parcela que perseguía obtener la cobertura de la prestación educativa en el Colegio Caraludmé de la localidad de Batán sino que además, aclarado que fuera por la actora -a fs. 40- el objeto cautelar, tampoco hizo lugar al pedido precautorio consistente en el otorgamiento de transporte especial para concurrir a dicho establecimiento educativo ni a la cobertura de las siguientes prestaciones: alergista, nefrólogo, leche libre de proteína de vaca, internaciones en un 100% y libre elección de profesionales. Al exponer las razones que lo llevaron a rechazar dicha parcela de la medida cautelar solicitada por la parte actora, el magistrado de la instancia anterior señaló que no se configuraban -en la especie- los requisitos necesarios para acoger el mentado requerimiento, toda vez que no se hallaba presente el recaudo atinente a la verosimilitud del derecho invocado. En relación a la prestación educativa de escolaridad, ratificó la posición que al respecto plasmara en la resolución de fecha 21-03-2017 y reiteró que de la lectura de la leyes n° 10.592 -que establece el régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas- y de la ley orgánica n° 6982 -la cual crea al ente demandado y determina sus funciones- no solo no surge que el I.O.M.A. deba otorgar prestaciones educativas, sino que -según verifica- la obligación legal de brindar asistencia escolar rehabilitadora e integradora a niños, jóvenes y adultos que padezcan cualquier tipo de discapacidad se encuentra en cabeza de la Dirección General de Escuelas y Cultura (cfr. art. 18 de la ley

10.592). Con ello en miras y por extensión, tampoco hizo lugar a la cobertura del transporte especial para concurrir al establecimiento educativo requerido [cfr. fs. 52 vta./55 vta.]. Por último y en lo relativo al resto de las prestaciones médicas requeridas (a saber: alergista, nefrólogo, leche libre de proteína de vaca, internaciones en un 100% y libre elección de profesionales), afirmó que de la prueba acompañada -hasta el momento- no surge indicación profesional alguna que las prescriba, razón por la cual -según afirma- no encuentra la verosimilitud en el derecho necesaria para su otorgamiento [cfr. fs. 55 vta.].

2. En el recurso de apelación -luego de aclarar que el objeto de la cautelar requerida en su libelo inicial en realidad comprende a la totalidad de las prestaciones solicitadas en la acción constitucional- la amparista insiste en demostrar que se encuentran configurados todos los presupuestos necesarios para el dictado de la medida cautelar requerida. En torno a la verosimilitud en el derecho refiere que independientemente de lo que preceptúa la ley de creación de I.O.M.A. n° 6982, lo que aquí se peticiona son prestaciones de la ley de discapacidad n° 10.592 cuyo fundamento se encuentra en el art. 36 inc. 5° de nuestra Constitución Provincial, a través del cual se consagra el derecho que tienen las personas discapacitadas a que el Estado les provea de una protección integral y les garanticen la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales así como su inserción social y laboral. Así las cosas sostiene que no existe óbice alguno para reconocer la obligación del ente demandado de brindar las prestaciones aquí reclamadas, por cuanto afirma que oportunamente se acompañó a la causa el certificado de discapacidad, las prescripciones médicas correspondientes y el reclamo previo ante el I.O.M.A. Luego se exploya acerca de la posibilidad real que tiene la menor de sufrir un perjuicio inminente por el transcurso del tiempo. Explica que su situación económica no le permite hacer frente a muchas de las terapias solicitadas, con el consecuente detrimento de la salud de la menor discapacitada. Finalmente, cita jurisprudencia en apoyo de la posición cuyo acogimiento por esta Alzada reclama [cfr. fs. 40/43].

3. A su turno, el Defensor Oficial subrogante al fundar sus agravios adhiere, liminarmente, a la totalidad de los argumentos expuestos por la actora en su embate, para luego precisar que -al momento de resolver- este Tribunal deberá tener especial consideración al plexo normativo conformado no solo por la ley 10.592 y la Constitución Provincial sino también a lo normado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención de los Derechos del niño. En tal sentido, aduce que de las normas mencionadas surge el derecho que tiene M.L.R.D. a recibir la cobertura de la prestación educativa requerida. Asimismo, en relación a las prestaciones médicas solicitadas por vía cautelar, advierte que éstas son expresamente indicadas por el médico tratante en los certificados acompañados a fs. 6/19, lo cual traduce -según sostiene- la necesidad de asegurar la salud y calidad de vida de la niña. [cfr. fs. 48/51].

II. Los recursos merecen prosperar con el alcance que se propone en los apartados siguientes.

1. Sabido es que las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcada en una objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, según un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos del pronunciamiento de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existentes o, a veces, su innovación según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento (cfr. argto. esta Cámara causas A-304-AZ0 ?Comparato?, sent. de 26-VI-2008; A-1418-AZ1 ?Lallera?, sent. del 04-VIII-2009; A-2093-AZ0 ?Fornaro?, sent. del 07-X-2010; A-2389-MP0 ?Valdez?, sent. del 07-IV-2011; A-3045-AZ0 ?Nuñez?, sent. del 29-II-2012). De ello se desprenden los presupuestos esenciales que habilitan el despacho de medidas cautelares, a saber: a) el derecho invocado debe ser verosímil en relación con el objeto del proceso; b) debe existir la posibilidad de sufrir, por quien introduce el planteo cautelar, un perjuicio inminente o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. Estos recaudos informan y delimitan el contenido valorativo que debe seguir todo juez para otorgar la tutela precautoria exigiendo una mayor o menor presencia de los presupuestos legalmente establecidos, empero, sin llegar a justificar la total prescindencia de cada cual (cfr. doct. S.C.B.A. causa B. 64.769 ?C.,d?, sent. de 8-XI-2006; esta Cámara en causas A-2266-AZ0 ?Barcena?, sent. del 9-II-2010; A-1918-MP0 ?Siddi?, sent. del 27-V-2010, A-3625-MP0 ?Arias?, sent. del 20-XII-2012, entre otras). Asimismo, cabe recordar también que esta Alzada ha resuelto que la mayor estrictez con que deben apreciarse los recaudos de admisibilidad cautelar en aquellos supuestos en que la tutela pretendida tiende a obtener anticipadamente un remedio que, en esencia, constituye el propio objeto del reclamo de fondo -como ocurre en la especie- (argto. doct. esta Cámara causas A-1123-MP0 ?Asociación Civil de Consumidores Defendete?, sent. de 26-V-2009; A-3938-MP0 ?Gasparini?, sent. del 09-V-2013), no resulta predicable en los casos en que el material probatorio obrante en la causa permite avizorar, con el grado de patencia requerido en materia cautelar, que se encuentra comprometido el derecho a la preservación de la salud, el cual remite -a su vez- a un concepto amplio de bienestar psicofísico integral de la persona y tiene -además- una directa relación con el principio de la dignidad humana, soporte y fin de los demás ?derechos humanos?, encontrándose aquél reconocido y garantizado tanto por la Constitución Nacional como por nuestra Carta Magna Provincial (arts. 42 y 75 incs. 22° y 23° Const. Nac.; art. 36 inc. 8° Const. Pcial; cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569; esta Cámaracausas A-938-DO0 ?Pastorino?, sent. del 7-X-2008; A-983-MP0 ?Barbini?, sent. del 17-III-2009; A-1522-MP1 ?Cangini?, sent. del 10-IX-2009; A-1658-DO0 ?Castaño?,

sent. de 1-XII-2009; y A-2392-DOO ?Gómez?, sent. de 05-V-2011), máxime cuando se trata de menores discapacitados, casos en los cuales el sistema constitucional y legal de protección integral es amplio y generoso en cuanto a los estímulos y franquicias que instituye a fin de que sus destinatarios puedan -en la medida de lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y cuenten la con oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las demás personas (doct. C.S.J.N. Fallos 333:777, por remisión al dictamen de la Procuración General; arg. art. 36 inc. 5° de la Const. Pcial.; art. 1° y ccds. ley 10.592; A-3289- MP0 ?Martínez?, sent. del 3-IX- 2013).

2. A tenor del marco normativo reseñado, he de evaluar -en primer lugar- si las constancias obrantes en la causa permiten tener por acreditada prima facie la razonabilidad de la tutela solicitada en relación a la prestación educativa -así como el transporte especial para concurrir al establecimiento escolar- o si, por el contrario, el adelanto jurisdiccional requerido resulta altamente opinable en cuanto a su otorgamiento.

2.1. Efectuando, entonces, una valoración de los elementos arrimados por la amparista he de adelantar que -en esta etapa liminar del proceso y en el acotado marco cognoscitivo del despacho cautelar- se encuentran acreditados los siguientes extremos que demuestran la verosimilitud del derecho invocada por los recurrentes, a saber: (i) la afiliación de la menor M.L.R.D. al Instituto de Obra Médico Asistencial bajo el número 2326687534/03 [fs. 1]; (ii) su condición de discapacitada [fs. 20]; (iii) los certificados médicos que requieren cobertura de escolaridad en un jardín de infantes con integración así como la provisión de una transporte especializado para concurrir a dicho establecimiento [v. fs.13 y 16]; (iv) la formal inscripción y pago de la primer cuota correspondiente al ciclo lectivo 2017 en el Colegio Caraludmé de la localidad de Batán [fs. 22 y 23]; (v) el certificado de discapacidad extendido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que en su apartado denominado ?Orientación Prestacional? expresamente indica -atendiendo a los concretos trastornos de M.L.R.D- la necesidad de brindarle ?prestaciones educativas? [fs. 20]; (vi) que entre algunos de los tantos trastornos vinculados al Síndrome de Rubinstein Taybi que padece la menor, se verifica -en lo que a este punto interesa- un retraso madurativo y del desarrollo [fs. 6 y 46/47] y (vii) que la escolarización de la menor busca mejorar su integración y favorecer el contacto con niños de su edad [fs. 28 vta.].

2.2. En lo que al peligro en la demora se refiere, exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, de modo tal que permita meritar si durante el tiempo anterior al eventual reconocimiento judicial del derecho invocado, quien acciona pueda sufrir un perjuicio irreparable (cfr. argto doct. C.S.J.N. Fallos 307:2267, S.C.B.A. causas I. 1526 ?Copetro, res. del 28-V-1991; B. 57.513 ?Boese?, res. del 27-XII-1996; B. 59.931 ?Chibaut Morales?, res. del 13-IV-1999; B. 62.209 ?Sánchez?, res. del 15-V-2002; B. 63.845 ?Milocco?, res. del 26-VI-2002; B. 65.222 ?Obrascon Huarte Lain?, res. del 16-IX-2003; esta Cámara causa A-3604-MP0 ?Bottazzi?, sent. del 30-X-2012, entre muchas otras). A tenor de lo manifestado por la amparista, en orden a que el retardo en la asistencia educativa generaría un deterioro en la salud e integración de la afiliada y lo que surge de la prueba documental, juzgo que el mentado recaudo de procedencia de la medida cautelar relativo al periculum in mora se halla prima facie cumplido en torno a la prestación educativa de escolaridad en el Colegio Caraludmé de la localidad de Batán.

2.3. Frente a tan delicada realidad entiendo que el a quo mal pudo rechazar la tutela requerida -desvirtuando únicamente la configuración del presupuesto de procedencia verosimilitud del derecho- en razón de que, según aduce, la asistencia solicitada posee naturaleza educativa y, como tal, no se encontraría incluida dentro de las obligaciones prestacionales que el marco legal aplicable le impone al I.O.M.A.. Consecuentemente, la decisión adoptada a su respecto en la instancia de origen debe ser revocada, sin perjuicio de lo que corresponda resolver al momento del dictado de la sentencia definitiva en el presente proceso (cfr. argto. doct. C.S.J.N. Fallos 326:970; esta Cámara causas A-1005- NE1 ?Arditto?, sent. del 04-XI- 2008; A-2930- MP0 ?Vázquez?, sent. del 24-II- 2012; A-3346-MP0 ?Camelino?, sent. del 02-VIII- 2012; A-3938-MP0 ?Gasparini?, sent. del 09-V- 2013; A-4609-MP0 ?Guzmán?, sent. del 20-II-2014).

3. En lo atinente al rechazo del resto de las prestaciones médicas requeridas como medida precautoria llego a idéntica solución que el magistrado de grado, en tanto entiendo que no se halla configurado en la especie el fumus bonis iuris necesario para ordenar cautelarmente al I.O.M.A. que otorgue a la actora cobertura total de las siguientes prestaciones: alergista, nefrólogo, leche libre de proteína de vaca, internaciones en un 100% y libre elección de profesionales. Repárese que si bien es cierto que la prueba documental adjuntada con el escrito de demanda autoriza razonablemente a considerar prima facie acreditado que la menor M.L.R.D.: (i) se encuentra afiliada al Instituto de Obra Médico Asistencial bajo el número 2326687534/03 [cfr. fs. 1] y (ii) que es una persona discapacitada que padece del Síndrome de Rubinstein Taybi, el cual le provoca múltiples trastornos psicofísicos [cfr. fs. 6, 20 y 46/47], no lo es menos que no obra en autos elemento de convicción alguno que -sopesado a la luz del superficial examen probatorio que es dable practicar en el proceso cautelar- permita válidamente demostrar la necesidad de que la niña reciba las prestaciones antes señaladas. Por esta senda, es del caso poner de relieve que en ninguno de los certificados clínicos obrantes a fs. 6/19, se efectúa la recomendación médica a la que refiere la actora en su escrito de demanda (v. fs. 30 y vta.), respecto de la conveniencia de que a la niña la atienda un alergista y un nefrólogo y se le provea de leche libre de proteína de vaca, así como internaciones cubiertas en un 100% y la libre elección de profesionales, como parte integrante del tratamiento de rehabilitación indicado para mitigar las desventajas que la aquejan. Tampoco puede desprenderse per se la conveniencia

terapéutica de las prestaciones requerida, por la sola circunstancia de que la niña padezca del Síndrome de Rubinstein Taybi, sin la existencia de una evaluación y recomendación médica en tal sentido. Siendo ello así, deviene ineludible concluir que no se halla configurado en la especie el recaudo de admisibilidad cautelar atinente a la verosimilitud del derecho invocado, toda vez que -como quedara patentizado- el material de convicción adjuntado al presente amparo no permite prima facie tener por acreditado el perjuicio que para la salud de M.L.R.D. habría de irrogar la falta de cobertura de las prestaciones bajo examen. Consecuentemente, estimo que corresponde confirmar el pronunciamiento de grado en cuanto fue materia de agravio. III. Si lo expuesto es compartido, he de proponer al Acuerdo acoger parcialmente los recursos de apelación deducidos a fs. 40/45 -por la actora- y de fs. 48/51 -por la Asesoría de Menores-, revocar -consecuentemente- los pronunciamientos precautorios de fs. 33/36 y 52/56 en cuanto rechazan la asistencia escolar requerida y el transporte especial para concurrir al establecimiento educativo y ordenar precautoriamente a la demandada -hasta que recaiga sentencia definitiva en el presente proceso- otorgar a la amparista la cobertura total de la prestación educativa de escolaridad en el Colegio Caraludmé de la localidad de Batán así como la provisión de un transporte especial para concurrir a dicho establecimiento escolar, todo ello conforme lo prescripto por el médico Leonardo Rojo [v. fs. 13 y 16], previa caución juratoria que la peticionaria deberá prestar en debida forma ante el juez de grado, confirmándose en lo demás las resoluciones en crisis. Las costas de esta Alzada deberían imponerse en el orden causado atento la ausencia de contradicción (art. 19 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192- y art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.). A la cuestión planteada, voto por la afirmativa. El señor Juez doctor Riccitelli, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Mora, vota a la cuestión planteada por la afirmativa. De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente: SENTENCIA 1. Acoger parcialmente los recursos de apelación deducidos a fs. 40/45 -por la actora- y de fs. 48/51 -por la Asesoría de Menores-, revocar -consecuentemente- los pronunciamientos precautorios de fs. 33/36 y 52/56 en cuanto rechazan la asistencia escolar requerida y el transporte especial para concurrir al establecimiento educativo y ordenar precautoriamente a la demandada -hasta que recaiga sentencia definitiva en el presente proceso- otorgar a la amparista la cobertura total de la prestación educativa de escolaridad en el Colegio Caraludmé de la localidad de Batán así como la provisión de un transporte especial para concurrir a dicho establecimiento escolar, todo ello conforme lo prescripto por el médico Leonardo Rojo [v. fs. 13 y 16], previa caución juratoria que la peticionaria deberá prestar en debida forma ante el juez de grado, confirmándose en lo demás las resoluciones en crisis. Las costas de esta Alzada deberían imponerse en el orden causado atento la ausencia de contradicción (art. 19 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192- y art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.). 2. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 decreto ley 8904/77). Regístrese, notifíquese, ofíciase a la Asesoría de Menores interviniente y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen para la continuidad del trámite del presente proceso.

018429E