

## Derecho A La Salud Menor Discapacitado Honorarios De Sus Cuidadores Limites De Su Cobertura Por La Obra Social

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Menor discapacitado. Honorarios de sus cuidadores. Límites de su cobertura por la obra social Se revoca la sentencia en cuanto condenó a la obra social demandada a restituir al actor las sumas abonadas a la acompañante terapéutica del niño, y en cuanto reconoció cobertura integral a quienes se ocupan del cuidado de aquél pese a no reunir los recaudos que la accionada impone al efecto, sin respetar los aranceles que surgen de la resolución dictada por el Directorio del Instituto accionado.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 04 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-6896-DO0 ?MONTENEGRO, JUAN MANUEL c. MINISTERIO DE SALUD - I.O.M.A. s. AMPARO?, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Riccitelli y Mora y considerando los siguientes:

**ANTECEDENTES** I. La titular del Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial Dolores hizo lugar a la acción de amparo articulada por Juan Manuel Montenegro, en representación de su hijo menor de edad N. M. y consecuentemente ordenó al Instituto de Obra Médico Asistencial la provisión regular, continua y efectiva de: (i) sesiones de rehabilitación de fonoaudiología con una frecuencia mínima de tres veces por semana; (ii) de Risperidona Solución y pañales; (iii) terapia cognitivo conductual con una frecuencia de cuatro veces semanales y la asignación y/o pago de acompañante terapéutico escolar durante el ciclo lectivo anual por toda la jornada escolar; (iv) cuidado y asistencia domiciliaria del niño durante los siete días de la semana y por un lapso de cuatro horas diarias. Asimismo, ordenó la restitución de las sumas abonadas por el accionante a la acompañante terapéutica Sra. Nadia Gisell González en concepto de honorarios por la labor profesional desempeñada desde marzo a septiembre de 2015, con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento, desde que son debidas y hasta su efectivo pago. Hizo saber al Instituto que en caso de inexistencia de acompañantes diplomados deberá otorgar cobertura de niñeras contratadas por el actor y flexibilizar los requisitos exigidos por la Obras Social para satisfacer la necesidad de atención continua del menor. Impuso las costas a la vencida (art. 68 del C.P.C.C. y 19 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-) [v. fs. 424/434]. II. Notificado de dicho pronunciamiento el 21-09-2016 [cfr. cédula de fs. 449/450] el Instituto accionado articuló el 27-09-2016 recurso de apelación fundado [v. fs. 453/455], el que fue concedido por la juez de grado el 21-10-2016 [v. fs. 456] y replicado por la Asesoría de Menores e Incapaces N° 1 el 17-02-2017 [v. fs. 597/598] y por el amparista el 20-02-2017 [v. fs. 600/604]. III. Recibidos los autos en este Tribunal [v. fs. 605] y puesto al Acuerdo el 04-04-2017 para resolver sobre la admisibilidad del recurso y, en su caso, para Sentencia [v. fs. 606] -providencia que se encuentra firme-, corresponde votar y plantear la siguiente **CUESTION** ¿Es fundado el recurso de apelación? A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo: I.1. A la hora de inclinarse por acoger la acción de amparo articulada el a quo tuvo por indubitado: i) que N. M. es hijo de Juan Manuel Montenegro y Mónica Gabriela Dolezal, lo que los legitima para articular la presente acción; (ii) que tanto el menor como su padre son afiliados al Instituto demandado [cfr. fs. 4]; (iii) que, conforme certificado adjunto, el menor padece de deficiencia grado 3, discapacidad grado 3, de carácter parcial y permanente, gravedad de discapacidad de grado 4 y pronóstico de discapacidad de grado 8 [v. fs. 4/5]; (iv) que N. M. requiere acompañante, que posee una alteración senso perceptiva táctil, trastorno generalizado del desarrollo con autismo y ausencia de lenguaje, retraso medioglobal, compromiso para el autovalimiento en todas las áreas y limitaciones para vincularse con otros, sin control de esfínteres; (v) que obran en autos certificados médicos que dan cuenta de la necesidad del menor de tratamiento de terapia ocupacional [v. fs. 25], asistencia de acompañante terapéutico domiciliario durante siete días a la semana y cuatro horas diarias [v. fs. 9/11]; (vi) que el demandante remitió carta documento intimando la cobertura de las prestaciones requeridas al I.O.M.A. [v. fs. 29] y que el I.O.M.A. las rechazó [v. fs. 30]; (vii) que ante la negativa el accionante articuló la presente acción dentro de los treinta (30) días previstos en el art. 5 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-. Efectuó luego un repaso de las pruebas producidas en autos, a partir de las que tuvo por cierto que la patología del menor requiere cuidados continuos y permanentes con el fin de evitar posibles daños a su integridad psicofísica y que posee una dependencia constante de sus progenitores. Juzgó procedente el reconocimiento del pedido de acompañante. Por otra parte, a partir de lo resuelto al dictar la medida cautelar, ante la falta de cartilla de acompañante terapéutico y el acreditado desembolso por parte del progenitor de honorarios en favor de Nadia Gisell González por su desempeño como acompañante entre los meses de marzo a septiembre de 2015, ordenó el reintegro de tal concepto, con más intereses. Con tales reconocimientos consideró garantizado el derecho a la vida -y consecuente proyección en la salud- del menor discapacitado N. M. 2. El accionado apela la sentencia. En

primer lugar se agravia de que se condenara al Instituto a reintegrar sumas de dinero al amparista, pues entiende que tal proceder excede el marco de la acción constitucional y deja por fuera el derecho a la salud del afiliado. Cita jurisprudencia de este Tribunal en la que se pregona, por regla, la exclusión de reclamos patrimoniales en el marco de la acción de amparo y descarta, en el caso, una situación de excepción del tenor de la acaecida en la causa A-5761-AZ1 ?Bianchi? (sent. del 07-04-2014). En subsidio cuestiona que a las sumas reconocidas se hubieran adicionado intereses compensatorios pues -en su visión- ello constituye un enriquecimiento sin causa para el actor. En otro orden, se agravia de que la sentencia condenara al I.O.M.A., a falta de listado de acompañantes terapéuticos diplomados en la localidad de Dolores, a otorgar cobertura de asistencia domiciliar mediante niñeras contratadas por el actor. Entiende que, de darse la contingencia presentada por el juez, el reconocimiento a quien hiciera las veces de acompañante terapéutico sin poseer título habilitante para ello, debería ser a valores dispuestos por Resolución 5830/15 del I.O.M.A. mas de ninguna manera exceder los montos allí reconocidos en favor de quien no resulta profesional en la materia. 3. Tanto la Asesoría de Incapaces N° 1 del Departamento Judicial Dolores como el amparista -con el patrocinio del Defensor Oficial dan réplica al memorial de agravios y propician su íntegra desestimación. II. El recurso se estima. 1.1. Alterando el orden en que fueron propuestos los planteos impugnativos, por razones de orden lógico principiaré por abordar aquel mediante el cual se pone en tela de juicio el reconocimiento de cobertura total de acompañante terapéutico para el niño N. M., sin respetar los aranceles que surgen de la Resolución N° 5830/15 dictada por el Directorio del Instituto accionado. Liminarmente, cabe poner de resalto que, en el caso, se encuentra en juego el derecho a la salud de una persona -derivado lógico del derecho a la vida y primer derecho de la persona humana reconocido por el ordenamiento jurídico (doct. C.S.J.N. Fallos 329:4918; 330:3853; 4647; 331:453)-, contingencia frente a la que nace una impostergable obligación de la autoridad pública de garantizarlo -si bien racionalmente- a través del ejercicio de acciones positivas (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 324:3569; 328:1708; 328:4640; 329:2552; 330:4160; 331:2614), más cuando tal contexto se presenta respecto de una persona menor discapacitada (cfr. doct. esta Cámara, causa A-3766-MPO ?Marichal?, sent. del 27-II-2013), como acontece en el sub lite. Atendiendo a la naturaleza de los derechos comprometidos en la causa, no puedo dejar de reseñar -en forma previa y aunque sea de modo sintético- el régimen normativo provincial que garantiza la asistencia y protección de las personas discapacitadas, cuya aplicación al sub judice aparece inevitable. 1.1.1. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce expresamente entre los derechos sociales los correspondientes a la niñez, salud y discapacidad (art. 36). Dicha norma en su inciso 2° expresa que ?Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos?. A su turno, el inciso 8° establece que ?La Provincia garantiza a todos los habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...?. Reforzando lo expuesto, la Carta Magna bonaerense también garantiza la protección de las personas minusválidas previendo, por su art. 36 inc. 5° que ?Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados?. Tal protección constitucional encuentra, asimismo, especial reconocimiento legislativo a través de la ley 10.592. De una razonable interpretación de su texto se desprende que el sistema establecido por el Estado Provincial para las personas minusválidas, reúne las condiciones de básico e integral (art. 1°, ley cit.) y, en lo que aquí interesa, dispone que ?El Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires promoverá y prestará asistencia médica integral a las personas discapacitadas afiliadas al mismo, con vistas a su rehabilitación, de conformidad con las disposiciones que rijan el funcionamiento de ese Organismo, y en concordancia con los propósitos y fines de la ley? (art. 19, ley 10.592). De tal modo, el plexo normativo constitucional y legal identificado articula un régimen jurídico básico e integral para los menores discapacitados, asegurando los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social y brindando beneficios y estímulos que permitan neutralizar su discapacidad, teniendo en cuenta la situación psicofísica, económica y social, y procurando eliminar las desventajas que impidan una adecuada integración familiar, social, cultural, económica, educacional y laboral (cfr. doct. esta Cámara causa A-1275-AZO ?Miño?, sent. de 14-V-2009). Dicha prestación integral es aquella hábil para satisfacer la atención de la dolencia o requerimiento del discapacitado, que cubra las contingencias referidas no sólo a los servicios médicos y educativos, sino todas aquellas que requiera el minusválido tendientes a derribar las vallas de su invalidez y lograr la inserción social (cfr. doct. esta Cámara causas A-493-MPO ?Navarro?, sent. de 15-V-2008; A-671-BBO ?Rivas?, sent. del 19-V-2009; A-1840-BBO ?Nieto?, sent. del 18-V-2010). 1.1.2. Teniendo en vista lo anterior, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que las normas que regulan el accionar del I.O.M.A. para el cumplimiento de sus fines específicos -Ley Orgánica 6982, Decreto Reglamentario N° 7881/84, y en este caso, la Resolución 5830/15, deben necesariamente compatibilizarse con tal andamiaje jurídico. Y si bien cabe reconocer a la obra social demandada la habilitación legal para dictar reglamentaciones internas que permitan otorgar la mejor cobertura posible a un vasto universo afiliatorio, fijando para ello sus políticas prestacionales (cfr. doct. esta Cámara causas A-1062-MPO ?Arbide?, sent. de 4-XI-2008; A-2677-MPO ?Romera?, sent. de 23-VIII-2011) y

presupuestarias (cfr. doct. esta Cámara causa A-944-BB0 ?Ausili?, sent. de 3-IX-2009) no puede traducirse en un valladar infranqueable para el afiliado a la hora de acceder a la cobertura peticionada (cfr. doct. esta Cámara causa A-1418-AZI ?Lallera?, sent. de 4-VIII-2009), cuando su posición encuentra suficiente apuntalamiento constitucional y normativo a la luz de las constancias de la causa. (A-3289-MP0 ?Martínez?, sent. del 13-VI-2014).

1.1.3. Sin perjuicio de que esta es la doctrina forjada por este Tribunal en relación con el reconocimiento de cobertura integral, en especial cuando de menores discapacitados se trata, cierto es que el caso que nos ocupa presenta aristas particulares, en atención a que frente a la ausencia de diplomados, la juez de grado ha ordenado -y el Instituto ha consentido- que el acompañamiento terapéutico escolar y domiciliario se continúe llevando a cabo con las personas contratadas por el padre del menor para las tareas de asistencia y cuidado, sin importar si ellas poseen los títulos habilitantes que el I.O.M.A. requiere tanto para la función de acompañante terapéutico como para la de cuidador domiciliario. Teniendo en cuenta, entonces, que en los hechos, parte de esa actividad de cuidado del niño es llevada a cabo por personas que no cuentan con la especialización que el I.O.M.A. requiere a tal fin, resulta razonable que los honorarios que por tales tareas se abonen, no superen el tope establecido en la Resolución N° 5830/15 (v. en especial Anexo II), sumas a las que estará obligado el Instituto por fuera de los mayores montos que el afiliado decida abonar respecto de los servicios de la/s persona/s contratadas para asistencia de su hijo o para aquellas a las que -eventualmente y en un futuro- encomiende las tareas de cuidado. Debe quedar en claro que tal distinción en modo alguno significa descalificar la actividad de cuidado de quienes se desempeñan en la atención de N.M. Empero, no puede soslayarse que cuando de contratación de profesionales se trata, éstos tiene prefijadas una serie de condiciones que regulan su prestación, tales como aranceles, obligaciones impuestas por los Colegios profesionales, normas éticas en el ejercicio de la profesión, entre otras, que no son predicables ni exigibles a quien brinda sus cuidados como niñera del menor, quien puede convenir libremente su remuneración y está sujeta a un más laxo régimen de responsabilidad por su actuación.

1.2. A tenor de las pautas rectoras reseñadas, los argumentos desplegados por la obra social apelante en las particulares circunstancias del caso, tienen peso suficiente para revertir el pronunciamiento de grado, sin que tal decisión importe soslayar la necesidad del hijo del amparista de contar con acompañante terapéutico y cuidador domiciliario dada la compleja patología que lo aqueja [v. informe de fs. 22/25]

2. Abordando el siguiente planteo del recurrente, a través del cual persigue la revocación de aquel capítulo del pronunciamiento que lo condenó a abonar sumas de dinero previamente obladadas por el amparista a Nadia Gisell González por sus servicios como acompañante terapéutica del niño N. M. entre los meses de marzo a setiembre de 2015, recuerdo que en el sub lite el actor reclamó mediante la presente vía una serie de prestaciones entre las que incluyó ?...la inmediata restitución del dinero de los gastos generados en la atención de N. como consecuencia de la infundada negativa de la demandada por los servicios profesionales de Nadia Gisell González, DNI 338564320, con domicilio en calle Carmona 646, CUIL 27-33856430-4 por la suma de PESOS SIETE MIL (\$) 7.000) en forma mensual desde el mes de marzo hasta el mes de septiembre del corriente...? [v. fs. 47 vta. Apartado, VIII]. La accionada resistió dicho pedido al ejercer su derecho a contestar demanda aduciendo que la vía del amparo no era la idónea para articular un planteo de naturaleza patrimonial [v. fs. 98/vta., apartado III.c] y mantuvo tal cuestionamiento -ante la decisión adversa de la magistrada de grado- también en esta instancia de apelación, enfatizando sobre la improcedencia del reconocimiento de las sumas de dinero desembolsadas por el demandante para abonar los servicios de la acompañante terapéutico, sobre todo por cuanto tal reintegro no resulta condición insalvable para la continuidad de la prestación.

2.1. Asiste razón al Instituto recurrente en su planteo. Esta Alzada, desde sus albores y receptando el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. argto. Fallos 316:318) y por el Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires (v. S.C.B.A. causa B. 66.693 ?Recovering?; sent. De 6-VII-2005)-, se ha inclinado por la improcedencia de la acción de amparo frente a reclamos encauzados a través de dicha vía que, tal como ocurre en la especie, ostentan naturaleza puramente patrimonial (v. causas A-582-BB0 ?Caparrós?, sent. del 17-VII-2008; A-2530-MP0 ?Schiaffini?, sent. del 31-V-2011, A-6338-BB0 ?Gómez Dupont?, sent. del 2-VI-2016). Solo excepcionalmente en el marco de acciones como la presente, este Tribunal ha admitido planteos que entrañaban algún reclamo monetario, mas tal recepción favorable siempre lo fue teniendo en miras que la negativa incidiría indefectiblemente en el derecho constitucional objeto de tutela. Así, por ejemplo, en la causa A-3485-MP0 ?Ludueña? [sent. del 18-X-2012] se confirmó el pronunciamiento de grado que había considerado que el amparo era la vía idónea para canalizar una deuda habida entre el I.O.M.A. y el centro de día al que acudía su afiliado, en tanto esa condena era el modo de garantizar la continuidad del tratamiento que recibía el afiliado. En la causa A-5761-AZO ?Bianchi? [sent. del 25-V-2015], se confirmó la sentencia de grado en cuanto reconocía la vía del amparo para obtener el reintegro de sumas previamente abonadas por el afiliado a quien brindara servicios de apoyo e integración escolar para su hijo discapacitado. En aquella ocasión hice hincapié en la particular circunstancia de que la condena lo era a cancelar una deuda por una prestación que ya había sido reconocida por el ente con anterioridad pero que este, a la postre, había dejado de abonar -ver mi voto, en especial apartado 1-. Y más recientemente, en causa A-7179-MP0 ?Oyhamburu? [sent. del 20-IV-2017], se validó el razonamiento del magistrado de la instancia que ordenó el reintegro de sumas adeudadas a la empresa que se encargaba del traslado

de un menor discapacitado, teniendo en cuenta que la regularización de la deuda, constituía una condición ineludible para garantizar al accionante el efectivo acceso a la prestación. Ninguno de los escenarios evaluados en tales precedentes se asemejan al sub lite, pues en el caso, a partir del dictado de la medida cautelar decretada el 28-10-2015 [v. fs. 54/vta.] el Instituto demandado se encuentra reconociendo y abonando en forma continua e ininterrumpida la cobertura de la acompañante terapéutica seleccionada por el padre menor, sin que aquellas sumas desembolsadas por éste entre los meses de marzo a setiembre de 2015, se presenten como un obstáculo en la regularidad tratamiento que el menor está recibiendo. 2.2. Con todo, es dable recordar que el Poder Judicial debe ser estricto en el examen de los presupuestos que habilitan la procedencia procesal del amparo, con el propósito de que siga siendo un remedio útil para, de manera eficaz y urgente, superar aquellas situaciones que necesariamente así lo requieran. Su generalización y aplicación a cuestiones que claramente lo exceden debe ser evitado, ya que ello incide en su transformación y trae aparejado que pierda su real esencia y razón de ser, afectándolo seriamente, en la medida en que se permita subsumir en sus previsiones conflictos para los que no ha sido realmente previsto (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 330: 1279, esta Cámara causa A-4197-MP0 "El Rápido del Sud S.A.", sent. de 3-IX-2013, entre otras). A tenor de lo expuesto, la pretensión vinculada a lograr por este cauce procesal que la Obra Social demandada se haga cargo de los gastos obitados por el actor desde marzo a setiembre de 2015 para la cobertura de asistente terapéutico, debe ser canalizada por una vía judicial ordinaria más idónea y eficaz para hacer valer los derechos por ella invocados (cfr. doct. esta Cámara causas A-1840-BB0 "Nieto?", sent. 18-V-2010; A-1838-BB0 "Pontet?", sent. del 01-XI-2012 y sus citas). A tenor de lo resuelto precedentemente, que importa la revocación del fallo en aquella parcela que reconoce al amparista el pago de las sumas obitadas en concepto de acompañante terapéutico del menor, deviene inoficioso abordar el agravio vinculado a los intereses reconocidos en sentencia sobre aquel capital (argto. esta Cámara causa A-4593-MP0 "Vogel?", sent. del 20-III-2014). III. Si lo expuesto es compartido propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación articulado por el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires y consecuentemente revocar el pronunciamiento de grado en cuanto lo condenó a restituir al actor las sumas abonadas por el accionante a la acompañante terapéutica Nadia Gisell González, en concepto de honorarios por la labor desempeñada en procura del niño N. M. entre los meses de marzo a setiembre de 2015, con más intereses, y en cuanto reconoció cobertura integral a quienes se ocupan del cuidado de N M. pese a no reunir los recaudos que el I.O.M.A. impone al efecto debiendo, en este caso, ajustar la condena al reconocimiento por el accionado de las sumas fijadas en la Resolución N° 5830/15 y las que se dicten en su reemplazo a futuro, por fuera de los mayores montos que decida abonar el amparista a tales fines. Siendo que lo resuelto en alzada no modifica el régimen prestacional decidido en la instancia, en cuyo pronunciamiento quedó preservado el derecho a la salud del menor que se denunciaba conculcado por la negativa estatal, propongo que las costas de apelación, a pesar de mediar contradicción, se impongan en el orden causado (art. 25 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-, 68 2da. parte del C.P.C.C.) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad en atención a la ausencia de regulación de honorarios a la asistencia letrada del actor por trabajos de instancia. Con el alcance indicado doy mi voto por la afirmativa. El señor Juez doctor Mora, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Riccitelli, vota 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. Hacer lugar al recurso de apelación articulado por el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires y consecuentemente revocar el pronunciamiento de grado en cuanto: (i) la condenó a restituir al actor las sumas abonadas por el accionante a la acompañante terapéutica Nadia Gisell González, en concepto de honorarios por la labor desempeñada en procura del niño N. M. entre los meses de marzo a setiembre de 2015, con más intereses y (ii) reconoció cobertura integral a quienes se ocupan del cuidado de N M. pese a no reunir los recaudos que el I.O.M.A. impone al efecto, ajuntándose en este caso la condena al reconocimiento por el accionado de las sumas fijadas en la Resolución N° 5830/15 y las que se dicten en su reemplazo a futuro, por fuera de los mayores montos que decida abonar el amparista a tales fines. 2. Siendo que lo resuelto en alzada no modifica el régimen prestacional decidido en la instancia, en cuyo pronunciamiento quedó preservado el derecho a la salud del menor que se denunciaba conculcado por la negativa estatal, las costas de apelación, a pesar de mediar contradicción, se imponen en el orden causado (art. 25 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-, 68 2da. parte del C.P.C.C.) y se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad, en atención a la ausencia de regulación de honorarios a la asistencia letrada del actor por trabajos de instancia [art. 31 decreto ley 8904/77]. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen. 018384E