

## Derecho A La Salud Menor Discapacitado Obra Social Cobertura Medica

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Menor discapacitado. Obra social. Cobertura médica Se mantiene el fallo que condenó a la obra social demandada a brindar al menor amparista la cobertura integral de los tratamientos de kinesioterapia y de fisioterapia de neuro-rehabilitación, a valores de los aranceles vigentes del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Salta, 29 de marzo de 2017. Y VISTOS: Estos autos caratulados ?O., M. F.; T., R. J. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN? (Expte. N° CJS 38.404/16), y CONSIDERANDO: Los Dres. Abel Cornejo, Susana Graciela Kauffman, Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar y Guillermo Alberto Catalano, dijeron: 1°) Que contra la sentencia de fs. 177/188 que hizo lugar a la acción de amparo e impuso las costas a la demandada, esta interpuso recurso de apelación a fs. 189. En la sentencia se condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta a brindar a J. T. de inmediato y sin dilación alguna, la cobertura integral (100 % de los costos) de los tratamientos de kinesio y de fisioterapia de neuro rehabilitación, con el licenciado C. J. V., a valores de los aranceles vigentes del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad, de conformidad con lo establecido por la Ley Nacional N° 24.901 y la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación N° 1859/2013 -modificada por Resoluciones Nos. 1151/14, 1104/15 y 1126/15, por un plazo inicial de dieciocho meses, computados a partir de la firma de la sentencia. Para así decidir, el ?a quo? entendió que la demanda se fundó en el derecho constitucional a la salud de un menor discapacitado, cuya condición de afiliado a la obra social la demandada no discutió, como así tampoco el tipo de tratamiento aplicado y su evolución. Manifestó que el menor cuenta con Certificado de Discapacidad otorgado por la Junta Evaluadora de la Discapacidad de la Provincia de Salta, con el siguiente diagnóstico ?anormalidades de la marcha y de la movilidad paraplejia, no especificada?, y en atención a su patología diagnosticada a los 7 años como ?encefalopatía crónica no evolutiva y diparesia espástica?, se le prescribió un tratamiento de neuro rehabilitación. Sostuvo que la acción de amparo debe prosperar, dado que las normas constitucionales y legales citadas en su pronunciamiento, ponen énfasis en la rehabilitación de las personas discapacitadas y, en particular, la Convención de los Derechos del Niño reconoce que el infante mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, que le permita llegar a bastarse por sí mismo y faciliten su participación activa en la sociedad, estableciendo que a tal fin debe brindársele asistencia destinada a asegurarle el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, tendiendo a su integración social y desarrollo individual en la máxima medida posible (art. 23) y, a la vez reconoce el derecho del niño al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades. Concluyó que los avances logrados en la salud y bienestar de J. aparecen vinculados con el tratamiento brindado por el Lic. V., lo que muestra la inconveniencia de modificar el profesional, más allá de que no se encuentre entre la nómina de médicos prestadores de la accionada, en tanto ello podría generar una regresión del niño, por lo que consideró que debe aplicarse el denominado principio de la no interrupción. En cuanto a las costas, consideró que deben ser soportadas por la demandada de conformidad con el art. 67 del C.P.C.C. Al expresar agravios (v. fs. 196/199 vta.) la demandada afirmó que el fallo emitido carecía de debida fundamentación. Entendió que las Leyes 23660 y 23661 no le son aplicables -como consideró el juez del amparo-, porque el I.P.S. no se encuentra dentro de las entidades enunciadas por el art. 1° de la Ley 23660 y, a su vez, con relación al prestador solicitado por los amparistas, afirmó que existen una gran variedad de profesionales médicos de la salud que pueden brindar exitosamente la práctica a favor de su hijo y sostuvo que la sentencia convalidó el mayor precio desmedido cobrado por el licenciado V., quien factura sus prácticas a valores superiores a los establecidos conforme nomenclador para Personas con Discapacidad (Resolución I-78/10), dictada en el marco de la Ley Provincial N° 7600 de Discapacidad. Con relación a las costas, solicitó que se realice un nuevo análisis que admita la apelación deducida y ordene su aplicación a la contraria. A fs. 215/219 y 221/222 vta. se incorporaron los dictámenes de la Sra. Asesora General de Incapaces y del Sr. Fiscal ante la Corte N° 1. Conforme a los argumentos que allí expusieron, ambos se pronunciaron por el rechazo del recurso de apelación. 2°) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127: 315, entre otros). El amparo, por lo demás, constituye un proceso

excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros). El objeto de la demanda de amparo, en resumen, es la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

3°) Que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, no existía en el ámbito nacional texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Si bien las obligaciones del Estado en la materia podían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales modificó sensiblemente el panorama legal en cuestión (art. 75 inc. 22 de la C.N.). En el mencionado Pacto, los Estados Partes se comprometieron a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud y Acción Social", 24/10/2000, LL, 2001-C, 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiéndose la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que asume el Estado y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida. Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquélla, que dimana de normas de la más alta jerarquía (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 C.N.; 3° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, incs. 1° y 2° ap. 2°, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4° inc. 1°, 5° inc. 1° y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

A su vez, nuestra Carta Magna Provincial, en sus arts. 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud.

4°) Que en el caso bajo examen, se encuentra comprometido el derecho de un menor discapacitado a la protección integral de la salud y, por consiguiente, a una adecuada calidad de vida, derecho que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones. En efecto, en la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoció que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad, así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (art. 23). Asimismo, se hizo expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). En ese sentido, esta Corte sostuvo que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor" (esta Corte, Tomo 99:185, entre otros).

5°) Que bajo esas premisas cabe señalar que el agravio manifestado por la recurrente en cuanto a la insuficiencia de fundamentación en la sentencia impugnada, no puede ser atendido, teniendo en cuenta que se advierte que el Sr. juez del amparo efectuó un análisis detallado de la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de este Tribunal y a su vez, efectuó el estudio de la prueba acompañada por las partes en el proceso. Razón por la cual corresponde su rechazo.

6°) Que en lo atinente a las alegaciones de la recurrente acerca de que las Leyes Nos. 23660 y 23661 no son aplicables al caso porque el Instituto Provincial de Salud de Salta no se encuentra dentro de las entidades enunciadas en el art. 1 de la Ley 23660 y que el menor discapacitado se encuentra alcanzado por la Ley Provincial de Discapacidad N° 7600 y su modificatoria y la Resolución N° 078-I/10, esta Corte ya ha destacado (en Tomo 159:879), con cita de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 327:2127), que por el carácter operativo de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados con rango constitucional que protegen el derecho a la vida y la salud, la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las Leyes Nos. 23660, 23661 y 24901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos del discapacitado a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia. Cabe agregar que la citada doctrina del Alto Tribunal Federal fue reiterada en un caso en el que se demandó a la obra social de la Provincia de Buenos Aires -Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)-, y en el cual además recordó precedentes donde sostuvo que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus

unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, sosteniendo que, de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos, 331:2135). 7º) Que en lo relativo al agravio vinculado a que el tratamiento sea continuado con el Licenciado C. J. V. cuando existen una gran variedad de prestadores médicos y profesionales de la salud en la nómina del I.P.S. y que pueden brindar exitosamente la práctica a favor del hijo de los amparistas, tampoco puede prosperar. Tal como lo manifestó el Sr. juez del amparo, en el ?sub lite? no se cuestionó la existencia de la discapacidad del menor J. T., su condición de beneficiario de la obra social, ni que está recibiendo un tratamiento médico adecuado a su patología, como consecuencia del cual evolucionó favorablemente. Por el contrario, la obra social reconoció expresamente el problema de salud que afecta al hijo de los amparistas, sin controvertir la necesidad de que para mejorar su calidad de vida el niño debe continuar el tratamiento médico que desde hace tiempo recibe, e incluso destacó que no se desentendió sino que viene reconociendo prestaciones tendientes a contemplar esa situación médica. En ese sentido, cabe mencionar que surge de la constancia emitida por el Lic. C. J. V. (v. fs. 10) que a través de la metodología de trabajo empleada -técnica bobath- se ha logrado una ?evolución sensorio motriz favorable?. Asimismo, se observa en los certificados que constan en autos (v. fs. 19 y vta. y 20 y vta.) que la enfermedad fue diagnosticada a los 7 años de edad y que desde ese entonces el tratamiento ha estado a cargo del licenciado V. (v. fs. 21/22). Conforme el Acta de nacimiento obrante a fs. 5 el menor tiene a la fecha 9 años de edad. Así las cosas, resulta pertinente presumir -conforme las constancias médicas acompañadas- que los avances logrados en la salud y bienestar del niño J. T. aparecen como consecuencia del tratamiento brindado por el profesional mencionado, por lo que la inconveniencia de cambiar el prestador y la posibilidad de ocasionar una regresión en los avances logrados, son conclusiones a las que arribó el Sr. juez de grado (v. fs. 186 vta.), que no han sido cuestionadas por la apelante y constituyen el fundamento principal para sostener la procedencia de la acción intentada. Por otra parte, surge de las constancias de autos que los padres realizaron la elección de este profesional al momento del diagnóstico -en virtud de las recomendaciones que se les efectuaron-, y que el éxito de la técnica utilizada dependió en gran parte del trabajo en equipo con otros profesionales, el aprendizaje de la familia y el acompañante terapéutico (v. fs. 11), por lo cual frente a una modificación del prestador, tal como lo propone la demandada, ésta no aseguró ni garantizó que tal cambio no pueda tener repercusiones negativas en la salud del menor ni que el nuevo profesional pueda continuar el tratamiento en la mismas condiciones que lo viene realizando el licenciado V., sin riesgo de retroceso para el menor. Tales conclusiones obligan a aplicar el denominado ?principio de la no interrupción?, que esta Corte ya ha mencionado en otras oportunidades (Tomo 111:031; 119:957; 126:271, entre otros) y que consiste en no discontinuar una situación favorable al paciente que se venía produciendo, tal como -lo que sucede en la especie- la realización de un tratamiento a resultados del cual se está produciendo una mejora en el estado de su salud. La jerarquía del principio de no interrupción -ha dicho también esta Corte en los casos citados, con cita de María Claudia Caputi (?La Tutela Judicial de la Salud y su reivindicación contra los entes estatales?, LL, 2005-B)- encuentra su base en el principio de no regresividad y progresividad imperante en los pactos de derechos humanos. 8º) Que en cuanto al agravio dirigido a controvertir la aplicación de costas, el apelante se limitó a esgrimir sucintamente que en caso que frente a un nuevo análisis se admita la apelación deducida, el condenado en costas debe ser la contraria, argumento insuficiente para que proceda su análisis. 9º) Que por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de fs. 177/188. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del C.P.C.C.). El Dr. Guillermo Félix Díaz, dijo: Que comparto la relación de causa efectuada en el voto que abre el presente acuerdo y la solución jurídica que se propicia por los fundamentos esgrimidos en los considerandos 2º a 6º y 8º. En relación a los agravios vinculados con el tratamiento médico a favor del menor en cabeza de un profesional no prestador de la demandada, me expido del modo que sigue. Al respecto cabe precisar que el sistema de cobertura brindado por la demandada no contempla la libre elección de médicos y prestadores, es decir se estructura en función de los profesionales e instituciones incluidos en su padrón (art. 8º de la Ley 7127 y art. 2º de la Ley 7600), sin embargo, ante la petición de los amparistas de continuar el tratamiento en cabeza de un profesional no incluido en aquellas nóminas, es la parte demandada a quien le incumbe probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio y asimismo -a contrario sensu- que la elección del afiliado resulta exorbitante o irrazonable (Fallos, 327:2413; 331: 2135; 332:1394 y R. 104, XVLII, ?R., D. y otros c/Obra Social del Personal de Sanidad s/amparo?, fallo del 27/11/12), extremos que no han acontecido en autos y que autorizan a apartarse del principio antes mencionado. En efecto, la accionada no ha acreditado que los profesionales que componen la nómina de sus prestadores y cuya copia obra a fs. 40, realicen prácticas análogas o equivalentes a las que recibe, desde hace dos años, el hijo de la amparista, en atención a su especial patología. Por lo demás, tampoco ha garantizado que el cambio que propende pueda redundar en un beneficio y lo sea en las mismas condiciones que lo viene realizando el licenciado V. con la metodología de trabajo empleada y descripta a fs. 10. Con tales

bases, se evidencia el concreto perjuicio que podría acarrear, en las condiciones descriptas, el cambio propuesto, por lo que corresponde su desestimación. Por lo demás, cabe aplicar el denominado "principio de no interrupción", que esta Corte ya ha mencionado en otras oportunidades (Tomo 111:31; 119:957; 126:271, entre otros) y que consiste en no discontinuar una situación favorable al paciente que se venía produciendo, tal como -lo que sucede en la especie- la realización de un tratamiento a resultados del cual se está produciendo una mejora en el estado de su salud. La jerarquía del principio de no interrupción -ha dicho también esta Corte en los casos citados, con cita de María Claudia Caputi ("La tutela Judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales", LL, 2005-B)- encuentra su base en el principio de no regresividad y progresividad imperante en los pactos de derechos humanos. Finalmente, cabe señalar que los propósitos de la legislación en torno al desarrollo del menor, a su educación e integración en la comunidad, suponen por definición una cierta estabilidad, donde el vínculo con un determinado profesional puede no resultar indiferente? (CSJN, R. 104, XLVII, "R., D. y otros c/Obra Social del Personal de Sanidad s/amparo", fallo del 27/11/12).

Por lo que resulta de la votación que antecede, LA CORTE DE JUSTICIA, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de apelación de fs. 189, y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 177/188 en lo que fue materia de agravios. Con costas. II. MANDAR que se registre y notifique. (Fdo.: Dres. Abel Cornejo, Susana Graciela Kauffman, Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, y Guillermo Félix Díaz, -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa -Secretario de Corte de Actuación-).

016363E