

Empresa De Medicina Prepaga Accion De Amparo Menor Discapacitado Afiliacion Enfermedad Preexistente Derecho A La Salud Accion De Amparo

JURISPRUDENCIA

Empresa de medicina prepaga. Acción de amparo. Menor

discapacitado. Afiliación. Enfermedad preexistente. Derecho a la salud. Acción de amparo Se hace lugar a la medida cautelar solicitada y ordena a una empresa de medicina prepaga que proceda a la inmediata afiliación como beneficiario de un menor discapacitado y a la cobertura de las prestaciones indicadas por su médico tratante, habiendo quedado suficientemente acreditado que es una persona con discapacidad diagnosticada con TEA/Trastorno del Espectro Autista, con características propias del Síndrome de Asperger -entre otras patologías-. Ello así, ante la tácita negativa de la accionada frente al pedido de afiliación del menor y que se derivó de la demora injustificada incurrida en proceder a su afiliación, lo que permitió juzgar dicha conducta como de manifiesta arbitrariedad e ilegalidad.

SAN LUIS, 10 de Noviembre de 2.017 VISTOS: Los presentes autos FMZ 45037/2017, caratulados "OCHOA REINA KAREN EN REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR C. V. T. R. C. c/SWISS MEDICAL S.A. s/AMPARO LEY 16.986"; Y CONSIDERANDO: 1.- Que, a fs. 22/29 comparece la Sra. Reyna Karen Ochoa en representación de su hijo menor de edad C. V. T. R. C., con el patrocinio letrado de la Dra. Susana Palcidi, e inicia acción de amparo en los términos de la ley 16.986 en contra de la empresa de medicina prepaga SWISS MEDICAL S.A., y/o cualquier empresa, sociedad o persona física o jurídica que sea la dueña de la empresa de medicina prepaga que gira con el nombre de fantasía SWISS MEDICAL EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA, con motivo de que la mencionada firma a la fecha de presentación de la demanda sigue demorando el trámite de incorporación de su hijo. Expresa que la acción tiene por objeto principal que la demandada proceda a incorporar como afiliado al menor C. V. T. R. C., quien padece Síndrome de Asperger y, en consecuencia, se encuentra en condición de discapacitado, conforme acredita con copia del correspondiente Certificado de Discapacidad que adjunta, hallándose amparado por las prescripciones de la Ley N° 24.091; solicitando, asimismo, se le otorguen, con cobertura al 100%, todas las prestaciones que el niño necesite a los fines de mantener su calidad de vida, su reinserción social y mejorar su estado de salud, que les sean prescriptas por los profesionales médicos o de la salud tratantes, ahora y en el futuro, conforme lo establece la legislación vigente. Manifiesta que, en fecha 10 de marzo de 2017, la actora inició ante la accionada el trámite de incorporación como afiliado del menor C. V. T. R. C., donde declaró como corresponde la enfermedad de su hijo discapacitado; y que, debido a que las empleadas de la demandada le comunicaron verbalmente que su hijo no sería incorporado por su discapacidad, la actora envió CD en fecha 17 de marzo de 2017, solicitando respuesta por escrito, ante lo cual la demandada le contestó en fecha 22 de marzo de 2017, informándole que procedería recién después de esa fecha a solicitar en la Superintendencia de Servicios de Salud, la autorización del valor diferencial a adicionar a la cuota del plan correspondiente, conforme art. 10 de la ley 26.682. Señala que, en fecha 10 de abril de 2017, ante la falta de información por parte de la demandada, intimó nuevamente a la misma a brindar información sobre las actuaciones administrativas, pues, si bien la ley 26.682 autoriza a las prepagas a solicitar a la Superintendencia de Servicios de Salud el valor de una cuota diferencial, de ningún modo las faculta a demorar la incorporación deliberada y perjudicialmente, pues tal conducta constituye un abuso del derecho, afirmando que es posible para la accionada incorporar al menor mientras pide la autorización a la Superintendencia para cobrar el valor diferencial, pero de ningún modo puede perjudicar al menor con su accionar de demorar deliberadamente el trámite; agregando que ese actuar ilícito lesiona los derechos constitucionales del menor. Dice que la intimación de la actora fue contestada mediante carta documento de fecha 18 de abril de 2017, en la cual la accionada menciona que para poder efectuar el reclamo en la Superintendencia de Seguros de Salud de la Nación, necesita estudios médicos, resonancias, historia clínica etc.; y afirma la actora que esa documentación ya había sido entregada con la solicitud de afiliación, no obstante, presentó dicha documentación nuevamente. Destaca que, el 6 de octubre de 2017, casi siete meses después de iniciado el trámite, ante el silencio de la accionada, envió carta documento exigiendo la inmediata incorporación del menor, con fundamento en que el tiempo transcurrido constituye una omisión dolosa ilícita y deliberada de la demandada, que no tramita nada ni afilia al niño, con un claro propósito de negarle su derecho reconocido en la ley 26.682, en la ley de discapacidad 24901, y en la Constitución Nacional. Agrega que la misma fue contestada en fecha 18 de octubre de 2017, mediante carta documento en la que la accionada reconoce que la mamá del menor inició un reclamo en la Superintendencia de Servicios de Salud, e informa haber iniciado, en el mes de Mayo de 2.017, ante el mismo organismo, el pedido de autorización de cuota diferencial por enfermedad preexistente, el cual dice se encuentra pendiente de resolución, pero no lo acredita, ni informa el número de expediente mediante el cual tramita el pedido. Destaca que, con excusas de la accionada, han transcurrido más de siete meses sin que el menor haya sido afiliado, resultando ser el único perjudicado por lo que el amparo resulta procedente, correspondiendo que el

Tribunal de manera inmediata ordene su incorporación, con un plan adecuado y cuando se le autorice a la obra social una cuota diferencial su madre pagará la diferencia que resulte, porque es un niño discapacitado y se halla amparado por un amplio abanico legislativo. Desarrolla restantes consideraciones sobre la procedencia de la acción que se tienen presente, y solicita que, con habilitación de día y hora, se dicte una medida cautelar ordenando a la demandada proceda de manera inmediata a incorporar como afiliado de SWISS MEDICAL al menor C. V. T. R. C., quien posee la condición de discapacitado, toda vez que la demora injustificada de la accionada en proceder a su afiliación afecta gravemente el derecho de salud del mismo. 2.- Que, a fs. 31, obra dictamen del Ministerio Público Fiscal por el cual se atribuye competencia a éste Tribunal para conocer en los presentes autos. 3.- Que, teniendo en cuenta las especiales características de la acción deducida, encontrándose en juego el derecho constitucional a la salud del menor con discapacidad C. V. T. R. C., y en mérito a las constancias arrimadas a la causa, considero que corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, con el alcance que será precisado y con basamento en los motivos que a continuación se hacen valer. Tiene sostenido Martínez Botos en su obra *Medidas Cautelares*, Edit. Universidad, págs. 46/47, respecto de la verosimilitud del derecho que: *La verosimilitud del derecho como presupuesto que condiciona la admisibilidad de una medida cautelar apunta a la posibilidad de que el derecho exista, a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable. Esa posibilidad no equivale a la certeza en la existencia del derecho, que sólo se logrará al agotarse el trámite con el dictado de la sentencia (CNCiv., Sala G, LL, t. 1986-B, p. 48)...Las medidas cautelares, más que a hacer justicia, están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra. De allí que para decretarlas no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, ni sea menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes bastando que a través de un estudio prudente -apropiado al estado del trámite- sea dado percibir un fumas boni iuris en el peticionario (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 15/7/83, ED, t. 106, p. 500; JA, t. 1984-111, p. 418)....Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CS, 20/12/84, ED, t. 113, p. 477). Asimismo, se tiene presente que la Ley 24.901 establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (Art. 1), y que la jurisprudencia ha sostenido que *Corresponde confirmar la resolución por la cual, como medida cautelar, se ordenó a una empresa de medicina prepaga y a una obra social, a arbitrar los medios para que un menor discapacitado pueda acceder a un tratamiento terapéutico en un determinado lugar pues la ley 24.754 determina, en su único artículo, que las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a dar la misma cobertura que las obras sociales y éstas, a su vez, deben brindar, con carácter obligatorio, cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas por la ley 24.901 a las personas con discapacidad afiliadas a las mismas?* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I * Sarmiento, Lucas Adrián c. Obra Social del Personal de Seguridad Comercial Industrial e Investigaciones Privadas y otros * 14/08/2003 * ED 26/03/2004, 2 * ED 206, 591 * AR/JUR/6836/2003). De modo que, habiendo quedado suficientemente acreditado, con el grado de valoración provisorio propio de la medida cautelar, que el menor C. V. T. R. C. es una persona con discapacidad diagnosticada con TEA/Trastorno del Espectro Autista, con características propias del Síndrome de Asperger, encefalopatía crónica no evolutiva, trastorno del aprendizaje y de la función motriz, entre otras patologías, por las que es tratado y controlado por médico clínico y neurólogo pediatra, entre otros profesionales; todo conforme surge del certificado médico de fs. 2 e historia clínica e informes de fs. 12/17, motivo por el cual su médico tratante, Dr. Javier Sanabria, ha indicado que debe recibir tratamiento integral de neuro-rehabilitación en Psicopedagogía, Psicomotricidad, Terapia Ocupacional, Kinesiología y Psicología (v.fs.17vta); como, asimismo, que su condición se encuentra plasmada en el correspondiente Certificado de Discapacidad (Ley24.901), agregado en copia a fs. 21, con lo que, en tal contexto, la tácita negativa de la accionada frente al pedido de afiliación del menor, que se deriva de la demora injustificada incurrida, de más de siete meses, en proceder a su afiliación como beneficiario, se presenta como una conducta de manifiesta arbitrariedad e ilegalidad; por todo lo que resulta procedente, en el actual tránsito procesal y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre la cuestión de fondo, acceder a lo solicitado y disponer como medida cautelar que la demandada brinde inmediatamente la cobertura reclamada, de conformidad a lo establecido por la ley 24.901. Es que, expresamente la Ley de Empresas de Medicina Prepaga N°26.682 establece que *Art. 10.- Carencias y Declaración Jurada. Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación**

autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación?; por lo que, según la normativa citada, ante el pedido de afiliación presentado por la madre del menor la empresa de medicina prepaga debe proceder a la admisión del solicitante, quien estará sujeto al pago de la cuota diferencial que establezca la Autoridad de Aplicación, no pudiendo resultar dicho trámite en una demora injustificada en la cobertura prestacional requerida por el niño en su condición de persona con discapacidad, según los informes y pedidos médicos antes citados, y a la que tiene derecho conforme lo establecido en la Ley 24.901. Respecto de la protección del derecho a la salud, cabe citar que mediante interlocutorio de fecha 13/12/05 la Sra. Jueza a cargo del Juzgado n° 2 de la Provincia de Mendoza, Dra. Olga P. Arrabal, dijo en los autos n° 26.121/2 caratulados "Ortiz, Lidia Miriam B. c. O.S.P.E.D.Y.C. p/ Sumarísimo", que: "...de las particularidades que presenta el "caso", el Tribunal entiende que no media obstáculo alguno para adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y particularidades de la acción instaurada exijan, Cfr. CSJN, Fallos: 300:432...." 4°.- Hallándose en juego la subsistencia de un derecho social como el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional - art. 75, inc. 22 -, ante la interposición del mecanismo previsto por el art. 43 de aquélla, con el fin de garantizar su plena vigencia y protección - en el caso, se pide la cobertura de una operación a la que debe someterse la amparista -, cabe adoptar una interpretación extensiva y no restrictiva sobre la procedencia de la cautelar incoada, a fin de evitar un eventual daño a la actora, si a la hora de ejecutar la sentencia y de mantenerse o alterarse la situación de hecho o de derecho existente, dicha ejecución se convierta en ineficaz o imposible...Hasta la reforma de la CN de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Con el otorgamiento de tal jerarquía al PIDESC se ha modificado el panorama legal en cuestión, el que, en el art. 12 señala que los estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental....5°.- Por su parte, la ley 23.660 de Obras Sociales y la Ley 23.661 que instituye el Sistema Nacional de Salud, procuran el pleno goce a la salud de todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica; sistema en el que las obras sociales tiene participación en la gestión directa de los servicios asistenciales para hacer efectivo el derecho a la salud de sus afiliados por imperativo legal y convencional...Atento el reducido marco probatorio y jurídico que autoriza toda medida cautelar, lo expresado no implica anticipo de jurisdicción.... 6.- En el sentido indicado precedentemente, nuestro máximo Tribunal ha señalado reiteradamente que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 317:243 y 581; 318: 30 y 532; 323:1887)...7°.- En opinión de este Tribunal en el sub lite, media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en los arts. 195, 232 y cc. Del CPCCN para acceder a la medida solicitada? (Los destacados se agregan).

Por lo tanto, compartiendo el criterio expuesto en la jurisprudencia transcripta, se consideran reunidos en el presente caso los requisitos de procedencia de la medida cautelar solicitada por la accionante, con el alcance delimitado en el fallo de mención, toda vez que con el relato de los hechos efectuado y documentación arrimada con la demanda, no resulta conjetural la posible afectación a la salud y al desarrollo integral del menor con discapacidad C. V. T. R. C., que podría derivarse de la negativa y/o silencio de la accionada SWISS MEDICAL frente al pedido de afiliación del menor, con la consecuente privación para el nombrado de la cobertura asistencial reclamada por la madre del niño y que sus particulares circunstancias (Trastorno del Espectro Autista, con características propias del Síndrome de Asperger, encefalopatía crónica no evolutiva, trastorno del aprendizaje y de la función motriz, etc.) imponen; ello sin perder de vista las previsiones legales aplicables al caso, que serán analizadas en profundidad en ocasión de dictarse sentencia en autos, como asimismo, el criterio amplio con que debe ponderarse la procedencia de las medidas cautelares en materia de salud. Que, por lo tanto, procede otorgar la medida cautelar solicitada con el alcance precisado supra, inter dure la tramitación de la presente causa, fijando como contracautela caución juratoria de la madre del menor. 4.- Por lo expuesto; RESUELVO: I-) Declarar la procedencia del fuero federal y competencia del tribunal para entender en la presente causa. II-) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la accionada Empresa de Medicina Prepaga Swiss Medical S.A. que proceda a la inmediata afiliación como beneficiario del menor C. V. T. R. C., DNI: ..., y a la cobertura de las prestaciones indicadas por su médico tratante; todo mientras dure la tramitación del presente proceso y hasta tanto se dicte sentencia en autos. Previo a la comunicación de la medida deberá rendirse por ante el actuario la caución juratoria exigida. III-) Tener por promovida acción de amparo en contra de la Empresa de Medicina Prepaga Swiss Medical S.A., debiendo presentar la accionada el informe circunstanciado que establece el art. 8 de la ley 16.986, sobre los antecedentes y fundamentos que motivan la negativa a la afiliación y a brindar la cobertura solicitada por la accionante, dentro del plazo de CINCO (5) días contados a partir de su notificación. La requerida deberá cumplir con la carga de ofrecer prueba en oportunidad de contestar el informe respectivo.

PROTOCOLICÉSE Y NOTIFÍQUESE JUAN ESTEBAN MAQUEDA JUEZ FEDERAL

Correlaciones: G., M. del R. en representación de su hija menor B. c/Swiss Medical SA s/amparo - Cám. Fed. Paraná - Entre Ríos - 07/07/2017 - Cita digital IUSJU018697E 022722E