

Derecho A La Salud Amparo Menor Discapacitado Cobertura Medica Por Parte De La Empresa De Medicina Prepaga

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Amparo. Menor discapacitado. Cobertura médica

por parte de la empresa de medicina prepaga Se acoge parcialmente al recurso de la parte actora, admitiendo además la cobertura del tratamiento de Therapeeds intensivo de seis semanas a realizarse en los Estados Unidos que su hijo discapacitado necesita. Buenos Aires, 27 de abril de 2018. VISTOS: los recursos de apelación interpuestos y fundados por ambas partes a fs. 590/593 y fs. 602/606 -actora-, fs. 636/639 -Defensor Oficial-, y fs. 594/599 -demandada-, contestados a fs. 608/616 -actora- y fs. 623/626, 627/630 y fs. 641/644 -demandada-, contra las resoluciones de fs. 588 y fs. 601 vta.; y,

CONSIDERANDO: I.- Que en lo que aquí interesa, el señor Juez de grado hizo lugar parcialmente a la ampliación de la medida cautelar solicitada por la actora a fs. 582, disponiendo que OSDE deberá, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en autos, arbitrar los medios pertinentes para brindar al joven actor la cobertura del 100% en la escuela común con apoyo a la integración escolar y matrícula ciclo lectivo 2018 (marzo de 2018 a febrero de 2019), jornada extendida; 2) terapia cognitivo conductual 6 sesiones semanales de enero a diciembre de 2018; 4) taller de habilidades sociales 2 sesiones semanales de enero a diciembre de 2018; 5) psicología 6 sesiones semanales de enero a diciembre de 2018; psicopedagogía 6 sesiones semanales de enero a diciembre de 2018; 6) acompañante terapéutico 12 sesiones mensuales de enero a diciembre de 2018; 7) consultas neurológicas para control del tratamiento y medicación de enero a diciembre de 2018; 8) consultas psiquiátricas periódicas de enero a diciembre de 2018; y 9) transporte escolar, lunes a viernes, ida y vuelta, ciclo lectivo 2018 (marzo de 2018 a febrero 2019). Asimismo, desestimó la solicitud respecto del tratamiento "Therapeeds", años 2017 y 2018, en tanto no se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta que motivaron su rechazo en ocasión de dictarse la resolución de fs. 174/175 (conf. punto III). Que para así decidir, remitiéndose a los fundamentos expuestos en los pronunciamientos de fs. 547/554 y 572, tuvo por probados los extremos que hacían a la admisibilidad de la medida cautelar peticionada. Posteriormente, con fecha 5.12.2017, precisó que la cobertura de las diversas prestaciones a la que estaba obligada OSDE debía ser conforme a los límites que establece para tales casos la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud de la Nación. II.- Dichos pronunciamientos motivaron los recursos de apelación de ambas partes.

La actora -junto con la Sra. Defensora oficial-, cuestionan en concreto la desestimación de la cobertura del Tratamiento de Therapeeds intensivo de 6 semanas a realizarse en los EE.UU. Sostienen que no se tuvieron en cuenta las órdenes médicas actualizadas, como tampoco el texto que surge del informe presentado con fecha 18.9.17, el que da cuenta de los enormes avances que el tratamiento en cuestión proporcionó al menor. Por otro lado, cuestionó el límite impuesto a la cobertura otorgada en la decisión de fecha 5.12.2017. Por su parte, OSDE considera que no se encuentran configurados los extremos que hacen a la admisibilidad del dictado de la medida cautelar en cuestión. Aduce que el magistrado no tuvo en cuenta las limitaciones que impone la normativa aplicable al caso (Ley 24.901; PMO, etc.) III.- Que en los términos en los cuales la cuestión ha quedado planteada, es dable puntualizar que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado. Ello permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (confr. C.S., Fallos: 314:711), mediante una limitada y razonable aproximación al tema de fondo, concorde con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (confr. esta Sala, causa 19.392/95 del 30.5.95, entre otras). En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (confr. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Comentado", t.I, pág. 742). Ello así, cabe añadir que esta Sala ha resuelto (causa 1346/11 del 13.4.12) que la queja enderezada a controvertir la verosimilitud del derecho invocado por el amparista, no puede ser adecuadamente examinada cuando dicho planteo entronca en forma directa con la cuestión sustancial, o sea con la existencia misma de la obligación cuyo cumplimiento reclama la demandante. Y que la solución propiciada es la que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 302:1284), reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). IV.- En el caso se encuentra fuera de debate la aplicación de la Ley N° 24.901. Como es sabido, ésta fija estándares mínimos obligatorios para todos aquellos entes que tienen a su cargo la prestación de servicios relacionados con la salud (ver, en particular, art. 2 de la citada ley y art. 7 de la ley 26.682). La normativa está informada por el

principio de cobertura integral y máxima inclusión social de las personas con discapacidad (ver art. 1 de la Ley N° 22.431 y arts. 1, 2, 11 y 15 de la Ley n° 24.901), lo que aquí debe conjugarse con el estatuto jurídico de la niñez, que eleva a rango de principio la consideración primordial de su interés superior (confr. arts. 3, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional y arts. 1, 2, 3, 8 y 14 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes). La ponderación de estos principios rectores, entre otros, condujo a la Corte a resolver en una causa en la que se debatían cuestiones análogas a las traídas a conocimiento del Tribunal, que cuando se encuentran implicados el derecho a la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes -en el particular contexto del estatuto de la discapacidad-, los padres del menor sólo deben acreditar la condición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional; y la parte demandada debe probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio y demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna (confr. dictamen de la Procuradora Fiscal al que la Corte Suprema se remitió in re ?R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo?, R. 104. XLVII del 27-11-12 y sus citas; esta Sala, causa 2.150/13 del 6-8-13 y sus citas). V.- En el sub lite no está cuestionado que el beneficiario (de 11 años de edad) es afiliado a OSDE, que padece trastorno generalizado del desarrollo (TGD) por lo que le fue extendido el pertinente certificado de discapacidad previsto en la Ley N° 22.431 (fs. 4), y que necesita recibir -en lo que aquí interesa- las prestaciones aludidas, que fueran indicadas en los certificados extendidos por el médico neurólogo infantil que asiste al menor, Dr. Claudio Waisburg -M.N. 98.128- (confr. fs. 547/554 y fs.560/569). En tal contexto, no surgiendo de los elementos incorporados en autos que la accionada hubiera justificado una oferta prestacional de jerarquía técnica igual o mayor de modo que pueda tenerse por garantizada la atención de la salud del afiliado, según la complejidad del caso (de hecho, no consta siquiera que se le hubiera realizado la evaluación por parte de un equipo interdisciplinario a la que alude el art. 11 de la ley), ni una oferta educacional adecuada a la índole de la discapacidad que presenta, la verosimilitud en el derecho a las prestaciones exigidas tiene sustento en las disposiciones de la Ley N° 24.901 (confr. arts. 15, 16, 17, 21 y citados) y el criterio jurisprudencial ya explicitado (ver, asimismo, Sala de FERIA, causa 6.924/12 del 10-1-13), por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por O.S.D.E. VI.- Con relación al recurso de apelación de la parte actora de fs. 602/606, esta Sala, al resolver el incidente n° 8011/2015/1/CA2, conexo a estos mismo autos, precisó que, teniendo en cuenta, que en esta etapa -prima facie-, de acuerdo con los términos que surgen de los certificados médicos expedidos por el médico neurólogo Psiquiatra que atiende al menor -fs. 5 y ss-, y sin perjuicio de ulteriores modificaciones que el señor Juez pudiera disponer sobre la base de nuevos elementos de convicción que pudieran ser arrimados al proceso, dado la esencial mutabilidad y provisionalidad de los pronunciamientos relativos a medidas precautorias, resultaba procedente adoptar una solución de especie que otorgara la cobertura requerida para aquellos servicios médicos que se vienen prestando, de acuerdo con lo indicado en la documentación ya reseñada. A ese fin admitió la petición cautelar en tanto se llevara a cabo la evaluación del niño por parte de un equipo interdisciplinario -tal como lo prevé la norma- que deberá pronunciarse específicamente en los términos establecidos por su artículo 39, apartado a). En tales condiciones, en lo pertinente, cabe remitirse a lo allí expuesto. En razón de ello, y teniendo en cuenta los alcances del pronunciamiento dictado por la Sala en el incidente de medidas cautelares antes mencionado, en cuanto al reconocimiento a título precautorio de la cobertura integral de las prestaciones reclamadas hasta tanto se dé cumplimiento con la evaluación interdisciplinaria, corresponde hacer lugar a los agravios de la actora en los mismos términos que lo resuelto en la ya referida resolución. VII.- En cuanto al tratamiento a realizarse en el exterior -Instituto Therapeeds, Florida, EE.UU.-, no escapa a la consideración de este Tribunal, que uno de los fundamentos esgrimidos para denegar recientemente la medida cautelar peticionada en la ampliación de la demanda- (confr. fs. 591/594 del incidente 8011/2015/1/CA2, que aquí se tiene a la vista), fue que en dicha oportunidad, entre otras cuestiones, no existían elementos que autorizaran a concluir, sin mayor debate y prueba, que el mencionado tratamiento prescripto por el médico neurólogo, arrojaría resultados positivos, incidiendo en forma significativa en las medidas de comportamiento del menor, superando los objetivos de rendimiento (confr. instrumento de fs. 501). Sin embargo, a esta altura del proceso, a la luz de las nuevas constancias que surgen de fs. 488/489 e instrumentos de fs. 511 y 519/545, amerita adoptar un cambio de temperamento, atendiendo a la mutabilidad y provisionalidad que caracteriza a los pronunciamientos relativos a las medidas precautorias. En efecto, de los términos que surgen de la traducción del informe brindado por ?TheraPeeds - CENTRO FAMILIAR? (fs. 531/544), consta entre otras cosas, que el menor actor ?participó en actividades terapéuticas específicas que incorporaron habilidades sensoriomotrices, visión, audición y del lenguaje. Utilizando una variedad de actividades, Ignacio fue guiado para desempeñar tareas que se enfocaron en funciones automatizadas de movimiento, visión, audición y del habla; todo ello se requiere para mejorar su comportamiento en el hogar y en la escuela?. Asimismo, de allí surge que, con posterioridad a la intervención, el paciente ha demostrado logros significativos en múltiples áreas, a saber: ?Mediciones cuantitativas; Medidas de comportamiento; y asuntos académicos?. La entidad demandada, debidamente notificada de esas conclusiones (confr. fs. 546), no las controvierte. Sobre esa base, ponderando la complejidad que presenta el caso y lo que prima facie surge de las constancias de

autos a partir de lo expuesto por el Dr. Waisburg (confr. instrumentos de fs.511 y 519/545 antes mencionados), la verosimilitud en el derecho a la prestación exigida tiene sustento en las disposiciones de la Ley N° 24.901 (confr. arts. 15, 16, 17, 21 y citados), por lo que corresponde modificar en este punto la resolución apelada. En esas condiciones, cabe hacer lugar a la prestación solicitada a realizarse en el Instituto Therapeeds, Florida, EE.UU., debiendo quedar a cargo de OSDE el costo de la cobertura del tratamiento por el año 2018, en tanto no se encuentra aún demostrado que éste cuente con prestadores propios o contratados que desarrollen aquella modalidad. Debe señalarse que en su pedido de ampliación de cautelar la parte se limitó a reclamar el tratamiento por los años 2017 y 2018 (ver fs. 587 vta.). Al fundamentar sus agravios, en sustancia, solicita "...se revoque el decisorio en cuanto ha sido materia de cuestionamiento, admitiendo la cobertura integral del abordaje y tratamiento de therapeeds intensivo de 6 semanas para los años 2017 y 2018 prescripto por el Dr. Waisburg con fecha 8/9/2017, con costas..." (confr. fs. 592 vta.). Con relación al tratamiento realizado durante 2017, su cobertura a título cautelar fue desestimada en lo resuelto por esta Sala con fecha 23 del corriente mes (confr. fs. 591/594 del incidente 8011/2015/1/CA2, antes mencionado). Sobre este punto, claramente no se verifica peligro en la demora que justifique su examen en esta instancia de tutela cautelar, dado que, al momento del dictado del presente pronunciamiento, la prestación relativa a dicho período ya se encuentra cumplida. De este modo, su eventual reintegro, en caso de corresponder, deberá ser materia de tratamiento al momento del dictado de la sentencia definitiva que recaiga en este proceso. Por cierto, del modo en que fue planteado el agravio, la prestación reconocida en esta instancia se reduce al costo del tratamiento en el Instituto Therapeeds, Florida, EE.UU., por el año 2018, no alcanzando los costos de estadía ni los gastos de traslado en la medida que aquellos no han sido solicitados en el memorial de fs. 590/593 (confr. arts. 271 y 277 del C.P.C.C.N.). VIII.- Que ello así, en orden al peligro en la demora, que este Tribunal ha reconocido -en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas- que resulta suficiente para tener por acreditado dicho recaudo la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado prima facie o presunto (confr. Sala de Feria, causa 154/08 del 10-01-08 y sus citas, entre muchas otras). La interrupción del tratamiento en curso, cuyos resultados se han revelado como favorables al menor (ver informes y demás documentación antes mencionada), es ciertamente subsumible en la hipótesis señalada. IX.- Por las consideraciones expuestas, SE RESUELVE: a) Desestimar el recurso de apelación de OSDE, con costas (art. 68, C.P.C.C.N); b) Hacer lugar parcialmente al recurso de la parte actora interpuesto a fs. 590/593, admitiendo la cobertura del tratamiento de Therapeeds intensivo de 6 semanas a realizarse en los EE.UU., en el Instituto Therapeeds, durante el año en curso, con costas por su orden en atención al modo en que se resuelve (art. 68, 2° párrafo, del mencionado ordenamiento adjetivo); y c) hacer lugar al recurso interpuesto por el demandante a fs. 602/606 con costas a la demandada (art. 68, CPCCN). Regístrese, notifíquese -y a la Defensora Pública Oficial mediante la remisión de las actuaciones a su despacho- y devuélvase.-

ALFREDO SILVERIO GUSMAN RICARDO VÍCTOR GUARINONI EDUARDO DANIEL GOTTARDI

028689E