

Amparo De Salud Obras Sociales Menor Discapacitado Síndrome De Down Acompañante Terapéutico Discapacidad

JURISPRUDENCIA

down. Acompañante terapéutico. Discapacidad

Se confirma la sentencia que ordenó cautelarmente a una obra social que arbitre los medios necesarios a fin de otorgar y garantizar a una niña con síndrome de down un acompañante terapéutico (maestro de apoyo) doble jornada escolar y psicoterapia que debía cubrirse en la forma prescripta por el médico tratante. Ello así, atento a la discapacidad certificada de la menor y conforme lo informado por su psicólogo, en cuanto sufría además trastornos de la conducta que requerían su reinserción escolar.

La Plata, 24 de septiembre de 2019.- Y VISTOS: Este expediente

Nº CCF 4128/2019/CA1, caratulado: ?C., M. R. c/ ANDAR s/AMPARO DE SALUD?, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia Nº 3 de Lomas de Zamora.- Y CONSIDERANDO QUE: I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este

Tribunal de Alzada en virtud de los recursos de apelación deducidos por la parte demandada y por el Ministerio Público en representación tutelar de la niña menor de edad, contra la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar de forma parcial a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó a la demandada que en el plazo de 48 horas arbitre los medios necesarios a fin de otorgar y garantizar a la niña S. M. C. (D.N.I. ... - Afiliada Nº ... Plan Plus) el tratamiento indicado, consistentes en:

acompañante terapéutico doble jornada escolar de lunes a viernes de marzo a diciembre de 2019 y psicoterapia en un total de dos sesiones semanales - 8 sesiones mensuales-, la cual deberá cubrirse en la forma prescripta por el médico tratante de la menor, al valor del nomenclador vigente para las personas con discapacidad por el período de marzo a diciembre de 2019. Todo ello hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, y bajo apercibimiento de aplicar las sanciones dispuestas por el art. 239 del Código Penal (v. fojas 59/61, 75/78 y 36/38, respectivamente).

II. La actora solicitó aclaratoria respecto al valor del nomenclador vigente para que especifique el a quo a cuál refiere, manifestando que la figura ?Maestro de Apoyo? es la que guarda mayor equivalencia con las desarrolladas a favor de la niña (v. fs. 40/41). Aclaró entonces el juez de grado que la prestación de acompañante terapéutico debía cumplirse bajo la denominación ?Prestación de Apoyo?, resolución que motivó un recurso de reposición con apelación en subsidio por parte de la amparista (v. fs. 42 y 43/45).

El sentenciante hizo lugar al recurso interpuesto, dejó sin efecto la providencia de fs. 42 y dispuso que la medida cautelar dictada a fs. 36/38, respecto a la prestación de acompañante terapéutico, debería cumplirse con lo dispuesto en el Nomenclador bajo la denominación ?Maestro de Apoyo?. Esta decisión ha quedado firme y consentida por la parte actora.

III. La letrada apoderada de la Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina se agravia por cuanto manifiesta haber solicitado a la actora información de los prestadores para cumplir con la normativa vigente y aplicable y aún no le ha sido entregada. Destaca que éstos deben estar necesariamente inscriptos en el Registro Nacional de Prestadores para Discapacidad que administra la Superintendencia de Servicios de Salud. Arguye que con esa conducta, se perjudica su mandante, que se verá privada de tramitar los reintegros por las prestaciones que por su condición de agente de salud le corresponde percibir, concluyendo que la exigencia de la documentación responde a satisfacer un interés jurídicamente tutelable, que no repudia el ordenamiento jurídico como ser la posibilidad de acceder al apoyo financiero.

IV. Por su parte, el Defensor Público Coadyuvante, a cargo de la Defensoría Pública Oficial Nº 2 ante los Juzgados de Lomas de Zamora, interpuso recurso de apelación al asumir la representación de la niña S. M. C. en los términos del artículo 43 inc. b) y l) de la ley 27.149 y 103 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación. Manifiesta que afecta el interés de su representada la decisión impugnada por cuanto impone un límite a la cobertura de las prestaciones que requiere, desconociendo que el ordenamiento jurídico instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Cita normativa nacional e internacional y destaca que en ese contexto, la protección cautelar del derecho a la salud debe otorgarse con amplitud, para evitar daños o agravamiento.

Resalta que la elección de los profesionales no resultó antojadiza por la progenitora sino que fue realizada con el fin de la que niña reciba la mejor atención posible de conformidad a la patología que padece y a la cercanía con el domicilio donde reside. A mayor abundamiento, señala que la obra social no ha propuesto una alternativa concreta y efectiva a la elección de los progenitores efectuada por lo que concluye que debe ordenársele que cubra integralmente el 100% de las prestaciones de

acompañante terapéutico y psicología que debe recibir la menor. Finalmente, solicita que se haga lugar al recurso de apelación, se revoque parcialmente la medida cautelar decretada y se ordene a la demandada la cobertura integral (100%) de las prestaciones de acompañante terapéutico y psicoterapia.

V. Las medidas cautelares no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. 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 el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su

virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042). Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar. Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. ?Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad?, fallo del 30/09/03). En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

VI. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos. En tal sentido, el derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - ?R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo?). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339). De igual manera, ha merecido particular atención por parte del constituyente de 1994 ya que el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna estableció el deber de legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Al respecto, en el caso de autos debemos atender a los derechos de una niña menor de edad y con discapacidad. Por tal razón, devienen aplicables convenciones de máxima jerarquía constitucional: la Convención sobre Derechos del Niño, convertida en ley 23.849; y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280. En la primera, se reconoce a todos los niños el derecho intrínseco a la vida y, en la máxima medida posible, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6), al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación (art. 24); a los niños impedidos mental o físicamente, a disfrutar de una vida plena y decente, y a recibir cuidados especiales (art. 23). A su turno, establece el compromiso de los Estados Partes de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3), resaltando que para dar efectividad a los derechos reconocidos, se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan (art. 4). En la segunda, se define en el artículo primero a la discapacidad como ?una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social?; a la ?Discriminación contra las personas con discapacidad? como toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente o consecuencia de ella, sea presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Por el contrario, se aclara que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo segundo que declara que los objetivos de la Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Para lo cual, los estados parte se comprometen a propiciar su plena integración en la sociedad y trabajar prioritariamente, entre otras áreas, en el tratamiento, la rehabilitación, la educación, la formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad. VII. Por su parte, la ley 22.431 instituyó el ?Sistema de protección integral de las personas discapacitadas? que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social; y la ley 24.901 que estableció un ?Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad?, contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las

leyes mencionadas estableció, en su art.2, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art.1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad. VIII. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

IX. En el caso, resulta acreditado por la documentación acompañada que la niña S. M. C., de 9 años de edad es afiliada a ANDAR Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina, beneficio Nro. 257498130629 (v. fs. 12). Padece Síndrome de Down, motivo por el cual se le ha expedido certificado de Discapacidad que se encuentra vigente (v. fs. 1). Conforme lo informado por su psicólogo, Diego A. Benevento, sufre además trastornos de la conducta, impulsividad y conductas tipo psicóticas, llegando a agredir físicamente a quienes la rodean, incluyendo a sus compañeros de escuela, por lo que solicita el acompañamiento terapéutico durante toda la jornada (v. fs. 15/16). Aparece acreditada entonces la necesidad de que la niña continúe con el tratamiento, que manifiesta haber ya comenzado (v. fs. 22 vta, último párrafo) a fin de lograr una rápida reinserción escolar, luego de haber tenido que interrumpir su asistencia. Asimismo, a fin de determinarse el módulo de atención que requiere, es menester tener en cuenta no solo las prescripciones médicas sino también el presupuesto adjuntado a fs. 5. Allí la acompañante terapéutica ha calculado el costo para la jornada de lunes a viernes, 8 horas por día, resultando el valor de la hora de pesos doscientos sesenta (\$ 260), y el estimando mensual de pesos cuarenta y un mil seiscientos (\$41.600). La prestación ha sido otorgada disponiéndose que debe ser cumplida con el límite de la prestación ?Maestro de Apoyo? conforme el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, cuyo valor hora asciende a quinientos veintiún pesos con once centavos (\$ 521.11). Bajo tales circunstancias, no se advierte el perjuicio que en esta etapa procesal el límite impuesto por el a quo le genera a la amparista, y consecuentemente no concurren elementos suficientes que justifiquen modificar lo resuelto; ello con independencia de la posibilidad de peticionar, de ser necesario, la ampliación de la medida cautelar otorgada (conf. art. 203 del C.P.C.C.N.). Por ello, en orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal RESUELVE: CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fecha de firma: 24/09/2019 Firmado por: JULIO VICTOR REBOREDO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA Co rrelaciones A., M. M. c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Ambiente- SPSSNR s/amparo L. 16986 - Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. - Sala I -15/07/2008 043375E