

Derecho A La Salud Menor Discapacitado Obras Sociales Cobertura Integral Medidas Cautelares Trasplante De Organos Gastos De Traslado

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Menor discapacitado. Obras sociales. Cobertura

integral. Medidas cautelares. Trasplante de órganos. Gastos de traslado Se ordena cautelarmente a una Obra Social a que proceda a autorizar a un menor discapacitado la cobertura del 100% de los estudios médicos, atención pediátrica y gastos de traslados en la Fundación Favaloro de la Ciudad de Buenos Aires, al valorarse que es la institución que lo venía atendiendo -con eficacia y eficiencia- desde hacía años, dada la compleja patología que lo aquejaba (cardiopatía congénita) y por la cual recibió un trasplante, pudiendo verse comprometida seriamente su salud ante un cambio de equipo médico, aclarándose que no le resultaba oponible al amparista que haya caído el convenio que unía a la demandada con la referida fundación.

Córdoba, treinta y uno de enero de 2019. . Y VISTOS: Estos autos caratulados: ?D., M. I. c/ DASPU s/ LEY DE DISCAPACIDAD? (Expte. N° FCB: 100441/2018/CA1), en los que DASPU -Obra Social Universitaria- ha interpuesto recurso de apelación en contra del proveído de fecha 4 de enero de 2019 dictado por el señor Juez Federal N° 2 de Córdoba, que en su parte pertinente dispuso: ?...A la medida cautelar solicitada...ha lugar a la misma. En consecuencia, ordenase a DASPU, proceda en el término de 24 hs. de notificada de la presente medida, a autorizar al menor S. P. D., con la cobertura del 100% a su cargo de: 1) Estudio de Electrocardiograma (ECG) de Holter 24 hs. Bicanal y Tricanal en Servicio de Electrofisiología Centro Vida (Fundación Favaloro) prevista para el día 9/1/2019, 2) Eco Doppler Caríaco Color en Servicio de Ecocardiología (Fundación Favaloro) prevista para el día 11/1/2019, 3) Consulta de Electrofisiología en Servicio de Electrofisiología (Fundación Favaloro) prevista para el día 14/1/2018, 4) Consulta médica Cardiología Pediátrica en Servicio de Cardiología Pediátrica (Fundación Favaloro) prevista para el día 14/1/2019, y 5) Gastos de traslado ida y vuelta y estadía para el menor y un acompañante en la ciudad de Buenos Aires, conforme certificados médicos obrantes a fs. 264/265 y justificantes de las citas obrantes a fs. 291/294, bajo apercibimiento de ley. La presente medida se dicta por el término de 6 meses (conforme lo decidido por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones mediante Acuerdo N° 155/2011 de fecha 12/10/2011) bajo apercibimiento...? FDO: ALEJANDRO SÁNCHEZ FREYTES (fs. 304/305). Y CONSIDERANDO: I.- Llegan los presentes autos a conocimiento y decisión de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el letrado apoderado de DASPU - Obra Social Universitaria -, doctor G. E. A., en contra del proveído de fecha 4/1/2019, cuya parte pertinente fue transcripta precedentemente (316/325 vta. y 304/305, respectivamente). II.- Se agravia la apelante de la medida cautelar dispuesta por el magistrado interviniente por entender que en la Ciudad en Córdoba existen múltiples profesionales e instituciones de gran prestigio que están en condiciones de asistir al menor con igual grado de eficacia que recibiría en la Fundación Favaloro, por lo tanto -sostiene- que obligar a DASPU a que tenga que cubrir las prestaciones en dicha Fundación, a los aranceles que aquella Institución pretenda, constituye una arbitrariedad manifiesta que pone en riesgo el financiamiento de la Obra Social y la Salud de sus afiliados. Reconoce que DASPU tuvo un convenio con la Fundación Favaloro pero el hecho que el paciente haya recibido asistencia allí, no puede implicar que su mandante este obligada para siempre a continuar brindando cobertura en dicha institución cuando ésta por decisión unilateral resolvió rescindir el convenio. Por otro lado, sostiene la inexistencia de acto u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el derecho a la salud del actor, ya que DASPU pone a disposición de la amparista una cartilla de profesionales e instituciones con las que sí tiene convenio. Agrega que la actora no acredita ni justifica que Córdoba no cuente con profesionales aptos o con experiencia suficiente para tratar la patología. Arguye que el pedido de cobertura de consultas médicas, estudios y lo que en el futuro le prescriban a la demandante, no son de urgencia y que la actora no acredita tal situación, por lo cual entiende que la acción de amparo no es la vía pertinente. Asimismo, sostiene que su parte no ha denegado en forma arbitraria y manifiesta la provisión de la prestación requerida en autos, sino que solicita la evaluación de otro esquema terapéutico que considera se ajusta a la patología descripta y a los riesgos que presenta el actor, por lo cual queda evidenciada la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta por su parte. Por último, aclara que conforme el art. 1° de la ley 24.741 DASPU se encuentra excluida del régimen general normado por la ley 23.660 y 23.661 que estatuyen el régimen legal de las Obras Sociales y del régimen legal del Seguro de Salud. Corrido el traslado de ley, éste fue evacuado por la contraria, solicitando por los argumentos que allí expone y a los cuales remitimos en honor a la brevedad, la confirmación del decisorio impugnado, con especial condena en costas (fs. 336/340), haciendo también lo propio la Defensora Pública Coadyuvante a fs. 333/335. Evacuada la vista por el doctor Alberto G. Lozada, Fiscal General, quedó la presente causa en condiciones de resolver (fs. 365 vta.). III.- Previo a ingresar al tratamiento de los agravios vertidos, es preciso realizar una breve reseña de la causa. Surge de las constancias de la causa que la presente acción de amparo fue interpuesta con fecha 28/12/2018

por la señora D., M I en representación de su hijo menor de edad P. D., S, con el patrocinio letrado de la doctora M. L. Z., en contra de DASPU, a los fines de que preste cobertura a su hijo del 100% de toda actividad médico asistencial que tenga indicada o que se le indique en el futuro para paliar su discapacidad, en la Fundación Favalaro de la Ciudad de Buenos Aires, tal como lo ha venido haciendo hace más de 13 años, con más cobertura de Transporte y estadía en dicha Ciudad, para el menor y acompañante, para cada caso necesario y particular de intervención en dicho nosocomio. A su vez, en dicho escrito solicita como medida cautelar: 1.- Cobertura 100% en valores de estudio de Electrocardiogramas (ECG) de Holter 24 hs. Bicanal y Tricanal en Servicio de Electrofisiología Centro Vida (Fundación Favalaro) prevista para el día 9/1/2019. 2.- Cobertura 100% en Eco Doppler Cardíaco Color en Servicio de Eco cardiología (Fundación Favalaro) prevista par el día 11/1/2019. 3.- Cobertura 100% en Consulta de Electrofisiología en Servicio de Electrofisiología (Fundación Favalaro) prevista para el día 14/01/2019. 4.- Cobertura 100% en Consulta Médica Cardiología Pediátrica en servicio de Cardiología Pediátrica (Fundación Favalaro) prevista para el día 14/01/2019. Todo ello con más los gastos de traslado y estadía para el menor y acompañante (fs. 2/22). Relató que su hijo sufre de una Cardiopatía Congénita detectada antes de nacer lo que le ha generado Hipoacusia Neurosensorial Bilateral / Transposición de los grandes vasos en ventrículo derecho, por lo cual cuenta hoy con un certificado de Discapacidad establecido por ley 22.431 y que desde dicho momento ha sido asistido por diversos médicos de la Fundación Favalaro. Bajo este panorama, el Juez de grado concedió la cautelar requerida por el plazo de seis (6) meses, motivo del recurso incoado en autos, al entender que se encontraban configurados los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora estipulados en el artículo 230 del CPCCN. Ello, previa fianza personal de dos (2) letrados del foro inscriptos en la Matrícula Federal (fs. 304/305). IV.- La cuestión a resolver -entonces- se circunscribe a analizar la procedencia o no de la medida cautelar otorgada. Ello así, el art. 230 del C.P.C.C.N. - aplicable al caso conforme lo previsto en el art. 1° de la ley N° 24.741- dispone que para la viabilidad de las medidas cautelares, deben reunirse los requisitos de la "verosimilitud del derecho" y el "peligro en la demora".- Con respecto a la "verosimilitud del derecho", también llamado "superficialidad del conocimiento judicial" (PALACIO, Lino E. "Derecho Procesal Civil?", T. VIII, pág. 47), su análisis debe persuadir en términos suficientes de la razón que asistiría a quien peticona el auxilio jurisdiccional. De allí que la tarea del Juzgador se debe restringir a realizar "...un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en dicho proceso..." (obra citada precedentemente, pág. 32). Por lo que, así como "el humo es una señal o un fuerte indicio de que hay fuego, la verosimilitud del derecho será también un indicador de que éste existe, aunque sin la certeza que sólo podrá existir una vez que se dicte la sentencia definitiva en el proceso principal" (Revista Jurídica LA LEY, 2013-D. N° 149, 13 de agosto de 2013, pág. 5). Esta acreditación, se debe acompañar también del interés legítimo de la parte que la invoca, traducido en la demostración de la necesidad de disponer de esta medida cuando de no proceder así, se haría inocua o ilusoria la sentencia que se dicte o bien se afectaría la igualdad de los litigantes. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: "como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de 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 cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (conf. Fallos: 306:2060 entre muchos otros). En relación al "peligro en la demora" recordemos que el mismo se entiende como el temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida (C.N. Civ., Sala E, Rep. E.D., t. 17, p. 646, N° 15). A decir de Calamandrei, hay casos en que, de existir demora, el daño temido se transformará en daño efectivo. Continuando con el análisis, cabe recordar que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la cautelar es una medida precautoria 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 en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Fallos 316:1833; 318: 2431; 319:1069 y 321:695). Por ello, a los fines de evitar desbordes que afecten y lesionen gravemente el derecho de defensa de la parte contraria, su dictado fue rodeado de ciertas exigencias (verosimilitud en el derecho invocado, grave peligro en la demora y contracautela) que garantizan una procedencia acotada a casos en los que se demuestre que la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. VI.- Dicho esto, e ingresando al examen de los requisitos previstos en el art. 230 del C.P.C.C.N., de la prueba arrojada a la causa surge que el amparista es menor de 14 años de edad, discapacitado según Ley 22431, (fs. 31), es afiliado a la Obra Social demandada y que presentó diagnóstico de Cardiopatía Congénita por la que ha sido intervenido de operaciones sucesivas que lograron estabilizar su condición cardiovascular y que a raíz de los tratamientos recibidos presenta "Hipoacusia Neurosensorial, bilateral Transposición de los grandes vasos en ventrículo derecho" Asimismo, surge que su pediatra tratante desde 2009 en Córdoba -doctor E. O.- recomienda la continuidad de su atención en la Institución de la Ciudad de Buenos Aires, ya que la misma cuenta con los recursos necesarios y suficientes para afrontar la complejidad de las diferentes

instancias por las que el menor ha debido transitar (ver certificado de fs. 268 y 269). Por otro lado mediante informe y en razón de los varios certificados médicos glosados en autos, el doctor Pablo Inguanzo -Cardiólogo Infantil de la Fundación Favalaro- indicó que el menor debe permanecer en control de dicha Institución por tener la complejidad adecuada para afrontar la patología del menor (fs. 272/273) Asimismo, la amparista presentó certificado médico realizado por el doctor especialista en pediatría Edgardo Banille quién expresó la ?absoluta continuidad del tratamiento en la Fundación Favalaro? (fs. 295 y vta.). Por último, surge que la actora manifestó que con fecha 23/10/2018 se reunió con la auditora doctora A.M.D. y una de las Asesoras letradas de DASPU, doctora C. N., quienes ratificaron que DASPU dejó sin efecto el Convenio con la Fundación Favalaro y por lo tanto le negaron la posibilidad de continuidad del tratamiento de su hijo en la Institución pretendida y que luego de dicha reunión presentaron dos recursos de reconsideración en la sede administrativa con fecha 15/11/2018 y 19/12/2018 de las cuales no obtuvieron respuesta alguna (ver fs. 287/288 y 290, respectivamente). Reafirma la procedencia de la medida cautelar ordenada por el Juez de primera instancia lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 26.928 que textualmente establece: ?El Sistema Público de Salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la obra social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar a las personas comprendidas en el artículo 1º de la presente ley cobertura del ciento por ciento (100%) en la provisión de medicamentos, estudios diagnósticos y prácticas de atención de su estado de salud de todas aquellas patologías que estén directa o indirectamente relacionadas con el trasplante? (el destacado me pertenece).

Repárese que el menor objeto de la medida cautelar recibió un trasplante (homoinjerto de tronco de arteria pulmonar) de un donante cadavérico proveído por el INCUCAI, por lo tanto resulta plenamente operativa la presunción legal antes aludida no resultando oponible al menor trasplantado que se haya caído el convenio que tenía DASPU con la Fundación Favalaro, ya que ésta última institución desde sus inicios (dada la compleja patología que aqueja al menor) lo ha venido atendiendo con eficiencia y eficacia pudiendo verse comprometida seriamente su salud ante un cambio de equipo médico a lo que debe agregarse que DASPU con anterioridad ha venido cubriendo la atención del menor en aquella Institución. En virtud de lo expuesto, al momento de analizar las probanzas relatadas precedentemente, no puede dejar de soslayarse que en el presente amparo se constituye la verosimilitud en el derecho, toda vez que se haya comprometido el derecho fundamental a la salud y derechos del niño, reconocidos 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) y 29 inc. 1) a) de la Convención de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Así, dichos Tratados han establecido que el derecho a la preservación de la salud, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618).

VIII.- En cuanto al segundo requisito que prescribe el art. 230 del C.P.C.N., esto es el ?peligro en la demora?, aparece agudizado en la presente causa, ya que de negarse al amparista la cobertura de lo solicitado, ello podría influir gravemente en el estado de salud del niño, o en su mejora, poniendo en peligro su integridad física y evolución, determinando que la sentencia que resuelva en definitiva resulte ineficaz o de imposible ejecución. IX.- Ello así y sin que lo antes expuesto en modo alguno implique adelanto de opinión sobre la cuestión de fondo planteada en la causa, corresponde confirmar el proveído de fecha 4/1/2019 dictado por el señor Juez Federal N° 2 en todo que ha sido materia de agravios. Las costas de la Alzada se imponen a la recurrente perdidosa (conf. art. 68, 1ra. parte, del C.P.C.N.), difiriéndose las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad. Por ello; SE RESUELVE: I.- Confirmar la providencia de fecha 4 de enero de 2019 dictada por el señor Juez Federal N° 2 de Córdoba, en todo cuanto decide y ha sido materia de agravios. II.- Imponer las costas de la Alzada a la recurrente perdidosa (conf. art. 68, 1ra. parte, del C.P.C.N.), difiriéndose las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad. III.- Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. LUIS ROBERTO RUEDA

JUEZ EN FERIA EDUARDO AVALOS JUEZ EN FERIA FACUNDO TRONCOSO SECRETARIO EN FERIA

Corr elaciones Guchea, Jorge Sebastián y otros

- Cám. Fed. Tucumán - 10/12/2014

035695E