

Amparo De Salud Derecho A La Salud Responsabilidad De Las Obras Sociales Discapacidad Resolucion 1025 2009

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, de febrero de 2020. VISTO: el

recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada a fs. 276/289, contra la sentencia definitiva de fs. 268/273, cuyo traslado contestaron la contraria mediante presentación de fs. 291/295 y vta. y el Defensor Público Oficial a fs. 301/304, el recurso de apelación de honorarios interpuesto a fs. 274 y oído el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 309/310, y CONSIDERANDO: I. El Sr. Juez de primera instancia admitió la acción de amparo y condenó a la demandada a brindar al menor J.D. la cobertura integral de las prestaciones indicadas en las constancias de fs. 11/17 y 19/20, como así también la cobertura de la asistencia médica con los profesionales que lo venían tratando en la Fundación FLENI (cfr. fs. 272 vta). Impuso las costas a la vencida. Contra esa resolución se agravia la accionada quien sostiene que el FLENI es un prestador fuera de su red y además no se encuentra habilitado para otorgar la prestación requerida por cuanto no se encuentra inscripto en el Registro Nacional de Rehabilitación (ver fs. 278 vta.). Arguye que OSSUPERCO jamás ha impedido el acceso a la cobertura indicada para el menor sino que se le indicó a la afiliada los pasos establecidos de acuerdo a la normativa vigente. Asevera que ante el requerimiento de cobertura en el FLENI se les ha dado alternativas frente a la patología del menor y se han puesto a disposición prestadores idóneos, los cuales no fueron siquiera considerados por la contraria. II. Para así decidir, el magistrado de la anterior instancia comenzó citando el artículo 1° de la Resolución 1025/2009 de la Superintendencia de Servicios de Salud, del que se desprende que la modificación de la cartilla de prestadores de los Agentes de Salud no podrá afectar la continuidad del tratamiento de las prácticas asistenciales en curso de ejecución de su población beneficiaria. Indicó que la demandada, en su deber frente al afiliado, no puede desconocer ni desatender la importancia que hoy en día la ciencia médica le reconoce a la relación entre el médico y el paciente, quien debe confiar en la persona del galeno y en su competencia profesional (cfr. fs. 272). Señaló que de la documentación obrante en la causa surge que el menor comenzó el tratamiento en la Fundación FLENI con autorización de la demandada por ser prestador suyo (cfr. fs. 271 vta.). Por otro lado, hizo una reseña de la jurisprudencia que consideró aplicable al caso así como también de las obligaciones de la demandada en virtud de lo establecido por las leyes 22.431, 24.901 y 25.421. Para finalizar, remarcó la importancia -y la necesidad- de asegurar la permanencia y continuidad del tratamiento que el niño ya se encuentra realizando. III. La demandada no ha controvertido el carácter de afiliado de J.D. ni su discapacidad, así como tampoco su obligación de garantizar las prestaciones requeridas en favor del menor en virtud del cuadro de salud que presenta. (cfr. certificado de discapacidad de fs. 1 y fs. 187/206). Lo que discute la demandada en el sub examen es si corresponde a su parte brindar la cobertura con un prestador que está fuera de su red y que no se encuentra habilitado como Centro de Estimulación Temprana (fs. 276 vta.). IV. En primer término, corresponde señalar que el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados (Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica - ratificado por ley 23.054/84; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, ratificado y aprobado por ley 23.313; Ekmekdjian, Miguel A. ¿El Derechos a la Dignidad en el Pacto de San José de Costa Rica? y demás trabajos allí citados en ¿Temas Constitucionales?, pág. 71 y sgtes. Ed. La Ley, Buenos Aires 1987), y además aquel derecho encuentra adecuada tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos (conf. Bidart Campos, Germán J. ¿Estudios Nacionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud?, en el Derecho a la Salud en las Américas; Estudio Constitucional Comparado, OPS 1989, Nro. 509; Padilla, Miguel ¿Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías?, T. II, Abeledo Perrot, 1928 ps. 13/24), ahora con rango constitucional en nuestro país (art. 42 de la Constitución Nacional de 1994, y normas citadas con anterioridad, que cuentan con jerarquía superior a las leyes de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna). Cabe también poner de resalto que la importancia del derecho a la salud deriva de su condición de imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. Según la Corte Suprema, un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal ha declarado que la atención y asistencia integral de la discapacidad, además de contemplar los compromisos asumidos por el Estado Nacional en cuestiones concernientes a la salud (conf. doct. Fallos 323:1339 y 3229, 324:3569) constituye una política pública de nuestro país que debe orientar la decisión de quienes estamos llamados al juzgamiento de esos casos (conf. Los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa ¿Lifschitz, Graciela B. y Otros v. Estado Nacional?, L.1153.XXXVII, a los que se remite la Corte Suprema en la sentencia del 15/6/04). El derecho a la salud e integridad física está consagrado por la Constitución

Nacional, luego de la reforma de 1994, cuando establece en su artículo 42 que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud?". También en el artículo 75, inciso 22, que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos, que contemplan el derecho a la salud. Entre ellos, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. En el mismo sentido, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. Para la Corte Nacional también es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y rehabilitación. Esta doctrina tiene en consideración que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional establece que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (conf. Fallos 323:3229), como lo es el actor (ver certificado de fs.2). En otros términos, se trata de un derecho implícito sin el cual no se podrían ejercer los demás derechos. En nuestro país, además de la ley 24.091 de Discapacidad, rige la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, que fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, suscripta por nuestro país y que está vigente a partir de 2000 (ley 25.280). Sus objetivos son la prevención y eliminación de la discriminación para la integración de las PCD. Cabe recordar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue suscripta en 2006, ha sido aprobada en 2008 por la ley 26.378, tiene jerarquía constitucional acordada por la ley 27.044 (B.O. 22.12.14) y establece que "los países que se unen a la Convención se comprometen a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en la Convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación?". A este marco protectorio, cuando se trata de niños como es el actor (menor de edad), converge también la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849, que consagra el interés superior del niño o principio "pro minoris", el cual debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales y toda autoridad nacional en asuntos concernientes a ellos. Asimismo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone en su artículo 14 que "Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las Niñas, Niños y Adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud?". Entrando ahora al estudio de las prestaciones de salud que deben recibir las PCD, cabe destacar que mientras la ley 23.660 crea el Régimen de Organización del Sector de las Obras Sociales, la ley 23.661 instituye el Sistema Nacional del Seguro de Salud y articula y coordina los servicios de salud de las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados. En lo concerniente a las obras sociales, la ley 24.901 dispone que tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2), ya sea mediante servicios propios o contratados (art. 6) y estableciendo que en todos los casos la cobertura integral de rehabilitación se deberá brindar con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera (art. 15). Contempla también la prestación de servicios específicos, enumerados al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19). Entre estas prestaciones se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15) y las asistenciales que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18). También establece prestaciones complementarias (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art.35); atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados en el artículo 38; estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b). V. Sentado ello, cabe destacar que una atenta lectura de la expresión de agravios permite observar con total claridad que allí la apelante incurre en la reiteración de los argumentos ya vertidos al contestar el informe del artículo 8° (cfr. fs. 161/171) y omite rebatir de manera directa y eficaz los concretos argumentos que utilizó el a quo para decidir de la manera en que lo hizo. En efecto, adviértase que la apelante reproduce la enumeración de leyes y decretos citados al contestar el mencionado

informe pero no rebata en absoluto el razonamiento formulado por el magistrado de grado en torno a la normativa vigente aplicable al caso. En tal sentido, cabe poner de resalto que la recurrente no dedicó un solo párrafo al análisis de Resolución 1025/2009, norma central en el razonamiento desarrollado por el a quo, por cuanto dispone que en casos como el presente se debe garantizar la continuidad del tratamiento con el/los prestadores con los que el paciente se viene atendiendo (cfr. fs. 271 vta., in fine). Al respecto, corresponde señalar que la accionada no controvertió la necesidad del menor de continuar recibiendo el tratamiento (las prestaciones) indicado por su médico tratante, así como tampoco la circunstancia de que la patología que padece el mismo comenzó a ser tratada por profesionales médicos de la Fundación FLENI -tal como se acreditó con los certificados de fs. 7 y la historia clínica agregada a fs. 188/206-, y no negó el hecho de que la Fundación FLENI era prestadora suya en la época en que el menor comenzó a ser tratado en dicha institución. Por otro lado, la jurisprudencia del fuero ha señalado que la resolución 428/99 del Ministerio de Salud, por la cual se aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, constituye una norma reglamentaria que funciona como herramienta de fácil aplicación al permitir optimizar la facturación por parte de los prestadores, sin que pueda deducirse de ello una restricción irrazonable a la cobertura integral que con la señalada amplitud prevé la ley 24.901, en consonancia con la naturaleza y jerarquía del derecho que se pretende garantizar a través de sus disposiciones -cfr. art. 28 de la Constitución Nacional- (CNCCFed., Sala III, causas 4343/02 del 21-3-05, 1973/00 del 13-10-05, entre otras). En efecto, el principio interpretativo rector en esta materia es la integralidad en el cumplimiento de la prestación asistencial, que indica que la prestación debe ser ejecutada del modo más eficaz e idóneo para satisfacer las condiciones mínimas acordes con las necesidades del discapacitado, en un determinado momento histórico, y en relación a la situación particular de cada afiliado (conf. CNCCFed., Sala III, causa n° 8945/11 del 28/10/14). En tales condiciones, teniendo en cuenta que no se encuentra controvertida la afiliación del menor J. D., su discapacidad, la necesidad por parte de éste de recibir el tratamiento que le fue indicado por su médico tratante, que la demandada brindó desde un principio la cobertura del mismo hasta que decidió rechazarla por cuestiones administrativas, y lo expresado en la normativa aplicable al caso (Resolución 1025/2009), resulta evidente que las extensas alegaciones formuladas por la apelante en su expresión de agravios no expresan más que la mera desconformidad con lo decidido, lo cual resulta insuficiente para torcer su suerte en esta instancia. A mayor abundamiento -y ponderando lo manifestado por el magistrado de grado en punto a la importancia que hoy en día se le reconoce en la ciencia médica a la relación entre el médico y el paciente, quien debe confiar en la persona del galeno y en su competencia profesional (cfr. fs. 272)- cabe poner de resalto que la demandada no ha producido ni una sola prueba tendiente a controvertir que la interrupción del tratamiento del menor o su derivación a otro prestador de su cartilla podría redundar en un perjuicio tanto en el estado de salud como en la psique del menor, máxime si se tiene en cuenta -tal como ya se ha señalado- que el mismo cuenta con un diagnóstico de trastorno del espectro autista y retraso global del desarrollo (cfr. fs. Fs. 7). Por último, corresponde señalar que se equivoca la apelante al sostener que el sentenciante le impone la cobertura de prestaciones futuras por cuanto de la simple lectura de la parte dispositiva de la resolución en crisis, se desprende con total claridad que la condena consiste en brindar la cobertura de las prestaciones requeridas e indicadas en el escrito de inicio por el tiempo que los prescriban sus médicos tratantes. En función de lo dicho hasta aquí, no cabe sino rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada. Por lo expuesto, SE RESUELVE: confirmar la sentencia apelada en todos sus términos. Las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal). Teniendo en cuenta el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada por la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. Gisela Celeste Gembarowski, la naturaleza de la pretensión y que fueron apelados por bajos, se elevan los honorarios que le fueran regulados en primera instancia a la cantidad de 20 UMA (\$58.040) (Cfr. ley arancelaria vigente). Por las tareas de Alzada se fijan los emolumentos de la Dra. Gisela Celeste Gembarowski en la suma de 6 UMA (cfr. ley arancelaria vigente). La doctora Graciela Medina no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese -al Sr. Fiscal de Cámara- publíquese y devuélvase. Ricardo Gustavo Recondo
Guillermo Alberto Antelo 000205F