000022/2016

Comodoro Rivadavia, de febrero de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"E., P. R. c/M., C. M. N. s/MEDIDA CAUTELAR (Legajo de copias art. 252 inc. 2 C.Pr.)"** Expte. N°22/2016, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia No. 1 (Expte N°987/2015), por haber interpuesto y fundado la demandada a fs. 22/26, recurso de apelación contra la resolución de fs. 11/13, que hace lugar a la medida cautelar requerida por la actora.

I.- La recurrente se agravia porque considera que no se da el presupuesto de verosimilitud del derecho. Ello, toda vez que M. nunca negó, ni omitió brindar el 100% de cobertura de salud al niño. Sostiene que tal como surge del reglamento de contrataciones y servicios, al solicitar el afiliado (en cualquier plan) una prestación por reintegro, primero debe obtener la autorización de la auditoría médica. Asevera que el niño, se está tratando con profesionales ajenos a su cartilla, apartándose del sistema de cobertura que su empresa garantiza por contrato, pretendiendo ahora que le cubran una batería de prestaciones con quienes no son sus prestadores, violando en forma manifiesta las condiciones contractuales que rigen a las partes. Expresa que todas las prestaciones que el niño necesita pueden ser cubiertas por los prestadores de M., conforme surge de la propuesta de fecha 12/11/15 y en el caso de elegir fuera de la cartilla, se le informó que se otorgaría un reintegro a valor nomenclador de la Superintendencia de Servicios de Salud, conforme lo establece la normativa de dicha autoridad de aplicación;

pero no el 100% del reintegro por honorarios superiores a los que M. le abona a sus prestadores de cartilla porque ello le generaría un perjuicio irreparable, con imposibilidad de sustento económico financiero para su sistema. Agrega que no hay fundamento médico que justifique el rechazo de los prestadores ofrecidos por M.. Concluye que en ninguna normativa surge que las empresas de medicina prepaga deban cubrir profesionales o centros fuera de cartilla a cualquier valor y obligar a la empresa a cubrir el 100% sin topes, esto es ilegal y contrario a derecho. Reitera que no se configuró un rechazo de la cobertura solicitada por el afiliado, por el contrario se le notificó fehacientemente el listado de profesionales que tenía a su disposición y sin justificación alguna el afiliado se apartó del sistema. A fs. 29/30, la actora contesta los agravios y por los fundamentos expuestos en su memorial, que por razones de brevedad se tienen por reproducidos, solicita se rechace en su totalidad los agravios y se confirme la resolución de grado con costas.

II.- De las constancias del expediente surge que la actora inició medida cautelar de innovar -fs. 6/10vta.- en forma conjunta con una acción de amparo, conforme surge del informe de la actuaria –fs. 11-, contra M. C. M. N., solicitando que de manera inmediata la accionada otorgue al niño J. M. M. E., en forma directa o por reintegros, las siguientes prestaciones: 1) operador terapéutico en turno escolar durante todas las horas de asistencia a la escuela, 2) tratamiento neurolingüístico con una frecuencia de dos encuentros semanales, 3) tratamiento psicopedagógico una sesión semanal, 4) terapia ocupacional en dos

encuentros semanales, 5) módulo integración escolar –costo educativo-, 6) acompañante domiciliario, 7) transporte desde y hacia la escuela y las terapias, 8) derivación al F.. Además solicita que se condene a la demandada a toda otra prescripción que determinen los profesionales tratantes durante la sustanciación del juicio principal.

Acompaña acta de nacimiento (fs. 2), certificado de discapacidad con validez hasta el 22/11/2017, suscripto por la Dra. M. L. y las Licenciadas B. y C. (fs. 3) y carnet de afiliado a M. N° **-******** - 01/87 del niño J. M. M. E. (fs. 4).

A fs. 11/13, se dicta resolución, disponiendo como medida cautelar y mientras dure la tramitación del proceso caratulado "E., P. R. c/ M. C. M. N. s/ Acción de Amparo" Expte. N° 986/2015, que la obra social M., brinde al niño J. M. M. E. D.N.I. N° **.**.***, de manera inmediata -de forma directa o mediante reintegros- la cobertura total e integral, esto es, del ciento por ciento de cobertura, en la atención de su salud y conforme su patología, debiendo reconocer la totalidad de los gastos emergentes de: a) Operador terapéutico en turno escolar durante todas las horas de asistencia a la escuela; b) tratamiento neurolingüístico con una frecuencia de dos encuentros semanales; c) tratamiento psicopedagógico de una sesión semanal; d) terapia ocupacional en dos encuentros semanales; e) módulo integración escolarcosto educativo; f) acompañante domiciliario; g) transporte desde y hacia la escuela y las terapias; h) derivación al F.; h) toda otra prescripción que ordenen los profesionales tratantes mientras dure la sustanciación del proceso "ut

supra” mencionado, conforme la patología que padece J. M. (arts. 197, 232, 233 y concordantes del CPr.). Siendo apelada dicha medida por la demandada a fs. 22/26vta.

A fs.36, contesta vista la Sra. Asesora de Familia. Entiende que encontrándose acreditada la verosimilitud del derecho (con el diagnóstico del niño, con condición de discapacidad, su carácter de afiliado a M.) y el peligro en la demora (por la negativa y/u omisión de la obra social, en la prestación de la cobertura requerida extrajudicialmente por su progenitora), a los fines de evitar que se causen perjuicios a la salud del niño, debe rechazarse la revisión propuesta.

III.- En primer lugar, respecto al expreso pedido de la actora, para declarar la insuficiencia técnica del recurso, se destaca que esta Alzada ha sostenido invariablemente un criterio amplio en la valoración de sus fundamentos, atento la consecuencia disvaliosa que significaría para el derecho de defensa de la recurrente. Además, aún en caso de duda corresponde optar por la subsistencia del recurso.

IV.- La Ley 24.901 en su art. 1 establece: "Institúyase por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.".-

Respecto a las obras sociales, 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

afiliados a las mismas (art. 2), ya sea mediante servicios propios o contratados (art. 3), de todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas (art. 11) como: transporte especial (art. 13), prestaciones de rehabilitación (art. 15), prestaciones terapéuticas educativas (art. 16), prestaciones asistenciales (art. 18), así como todos los servicios específicos y prestaciones complementarias enunciados en la ley.- En este orden de ideas, es del caso señalar que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), la Corte Suprema de Justicia ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud 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 (conf. Fallos 321:1684; 323:1339; 324:3569). Asimismo, es oportuno traer a colación lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto al reconocimiento del derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1).- La atención integral de la discapacidad, expresada tanto en las leyes 22.431 y 24.901, como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyen una política pública de derechos humanos que como tal debe orientar

la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de casos de la naturaleza que ahora nos ocupa.

En suma, respecto del derecho a la salud, el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones en esta materia y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y a otras entidades que participan del sistema sanitario.-

Sumado a todo lo expuesto, la ley 26.378, dispuso la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobado mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo propósito expuesto en el artículo 1 es "…promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".-

Asimismo expresa que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".-

Por último, tratándose de un niño afectado de una discapacidad, su interés resulta protegido de manera particular. El marco de protección para la niñez lo otorgan los pactos internacionales con jerarquía constitucional que contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños: art.VII de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, art.25, inc.2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts.4, inc.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.24, inc.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art.10, inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar (conf. Fallos 323:3229).-

Particularmente, la Convención sobre Derechos del Niño, convertida en ley 23.849, cuyo análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación coloca su amparo y protección como principio superior (v. Fallos 318:1269; 322:2701; 323:2021, 2388, 3229, 324:122, 908, 1672, utilizado en diferentes temáticas para remover obstáculos en procura de obtener el cumplimiento de los derechos que los documentos internacionales le reconocen).-

En armonía con estas disposiciones, el art. 7, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –ya mencionada- establece que es obligación de los Estados Partes tomar "…las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos…en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y en su acápite 2 indica que en todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, la protección del interés superior del niño será una consideración primordial.-

Al respecto cabe señalar que el término "derecho humano a la salud" expresa un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida y

configura un derecho de naturaleza prestacional, un derecho de la población a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud (Carnota, Walter F., "Proyecciones del derecho humano a la salud", "D 128-879 y 880).-

Sentado el contexto normativo, en el cual se encuadra el caso traído a conocimiento, analizaremos los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar, como la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.-

Huelga señalar que no está discutida la condición de discapacidad del niño, obra a fs.2 copia del certificado de discapacidad, en el que se diagnostica un trastorno generalizado del desarrollo y las profesionales firmantes del mismo establecen como prestaciones necesarias, la rehabilitación, estimulación temprana, el transporte y un acompañante; tampoco su calidad de afiliado N°3-01006076.01/287 Plan Plata, que se acredita con el documento de fs. 4.

El agravio de la demandada se centra, en la obligación de prestar la cobertura total e integral, de manera inmediata, de forma directa o mediante reintegro, del 100% de cobertura en la atención de la salud y conforme su patología del niño, debiendo reconocerle la totalidad de los gastos emergentes en los rubros que describe. Considera que tener que cubrir el 100% de reintegro por honorarios superiores a los que M. abona a sus prestadores de cartilla cuando fue una decisión del asociado recurrir a otros profesionales fuera de la misma, le genera un perjuicio irreparable a la empresa.

Asimismo sostiene que le ofrecieron todos los profesionales que el niño necesita para tratar su patología y en caso de que eligiera fuera de la cartilla, se le informó que se otorgaría un reintegro a valor nomenclador de la Superintendencia de Servicios de Salud.

Ahora bien, se torna insoslayable como primer recaudo para la procedencia de la medida cautelar la justificación de la verosimilitud del derecho. La prueba de tal verosimilitud no debe ser acabada, ya que el derecho invocado será materia y contenido del juicio principal. Es decir que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende del conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino de lo que diera en llamar Palacio un "conocimiento periférico o superficial" encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso. Por ello la ley no exige, a los fines de la comprobación una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento (Palacio: Derecho procesal Civil, Abeledo Perrot, 1970, Tomo VIII, pág. 33).-

Obviamente, es al órgano jurisdiccional a quien compete evaluar todas las circunstancias que el asunto presente para disponer lo concerniente a medidas precautorias, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho.-

En el caso se ha acreditado dicho recaudo. Repárese que de los términos del planteo formulado por la actora y de la documental acompañada a fs. 28/47 del expediente principal, surge el estado de

salud del niño con diagnóstico de trastorno del espectro autista y la urgente necesidad de una atención interdisciplinaria con un tratamiento en jornada intensiva.

De la respuesta extrajudicial dada por la demandada, resulta que la obra social remite a la cartilla de profesionales de la empresa y le niega específicamente la derivación al Centro Médico F. por no ser prestador de la empresa para el plan contratado, lo que resulta acreditado con la documentación acompañada (fs. 67/93 expediente principal).

Ahora bien, si los médicos de la cartilla, prestadores de la empresa, no tienen turnos disponibles para la continuidad del tratamiento del niño, entonces es claro que la prepaga tiene que cubrir dicha falencia, toda vez que en el tratamiento de la salud del niño, con la patología que padece, el factor tiempo e integralidad es vital.

Fácil es apreciar, la necesidad e importancia de las prestaciones y la derivación requerida para mejorar la calidad de vida del niño. Así surge claramente de autos, el interés específico de la tutela cautelar, que es provisional y justifica la confirmación de la medida dictada, toda vez que su derecho resulta verosímil y su demora, derivada del retraso de una decisión, implicaría un riesgo que debe evitarse, en relación con la afección descripta que padece el niño (T.G.D.) y las perspectivas que estas prestaciones pueden ofrecerle para el progreso de su persona.

Ergo, la medida dictada por la jueza no merece reproche puesto que es la solución más adecuada

a la naturaleza del juicio cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad psicofísica del niño.

En definitiva, la crítica de lo resuelto no alcanza a conmover los fundamentos del mismo en cuanto al dictado de la presente medida cautelar, dado que la procedencia del amparo y demás circunstancias señaladas por la demandada, forman parte de un debate mayor a cumplirse en el proceso principal. Por lo expuesto, corresponde confirmar la providencia de fs. 11/13 y rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

V.- Costas de la Alzada, a la recurrente vencida. Se regularán los honorarios de los profesionales intervinientes de acuerdo a la naturaleza del proceso, etapa procesal, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles (arts. 5, 6, 7, 13 de la ley arancelaria).

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada a fs. 22/26vta. y confirmar la providencia de fs. 11/13.
2) Costas de la Alzada a la recurrente vencida. Regular los honorarios de la Dra. M. d. l. P. B. I., en el TREINTA (30%) POR CIENTO y los de la Dra. L. I. P., en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO, de los honorarios que corresponda regular en primera instancia.
3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. DEL AÑO 2016 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS