

S.C.A.N° 804, L.XLI.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

Los integrantes de la Sala M Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al revocar la de primera instancia, denegaron la medida cautelar innovativa -solicitada a favor de una menor discapacitada-, tendiente a que la entidad de medicina prepaga -a la que se halla asociada -se haga cargo de los gastos que ocasione su concurrencia a un establecimiento privado de apoyo e integración, a fin de lograr su habilitación y rehabilitación .

Para así resolverlo el sentenciador -en síntesis- fundamentó su negativa por un lado, en la naturaleza especial de las medidas innovativas cuya concesión, al importar una modificación anticipada de la situación jurídica materia del proceso, exige, un mayor rigor en la apreciación de la verosimilitud del derecho argüido y del perjuicio inminente o irreparable invocado, requisitos que a su juicio no se cumplían en el caso de autos. Por otro, en que la solicitante no demostró prima-facie que la entidad accionada se hubiese obligado contractualmente a la prestación reclamada, ni que ella deba darse en el establecimiento que se menciona.

Contra lo así resuelto, la peticionaria interpuso recurso extraordinario, el que previo traslado de ley le fue denegado, circunstancia que motivó la presente queja.

-II-

Respecto de la viabilidad de ella, estimo que en principio cabe recordar que según pautas sentadas por la jurisprudencia del Tribunal, si bien las decisiones vinculadas con medidas cautelares y/o precautorias, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, resultan en principio ajenas a la vía del recurso extraordinario federal, por no tener el carácter de definitivas, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo resuelto es susceptible de provocar un perjuicio que, por las circunstancias de hecho puede ser de tardía, insuficiente o de imposible reparación ulterior (v. Doctrina de

Fallos: 257:187 y sus citas; 307:2281, 319:2325; 321:1187,2278). Estimo que estos últimos supuestos especiales -conforme explicitare -, concurren en el sub-lite.

A lo expresado no empece que en el caso se encuentre en discusión la procedencia de una medida cautelar innovativa a las que V.E. reconoció carácter de excepción con fundamento en su naturaleza anticipatoria de la sentencia final del pleito (v. Fallos: 320:2680 Voto del doctor Vázquez), ya que, por otro lado, también aceptó que la admisibilidad de este tipo de decisiones se vincula con una apreciación adecuada sobre si la demora en concederlas conlleva el peligro de provocar situaciones o perjuicios que pueden resultar de dificultosa o insusceptible reparación ulterior.(v. Doctrina de Fallos 326:2503 voto de los Dres. Moline O' Connor y Vázquez).

Así es que, a mi juicio en el caso de autos el peligro en la demora se encuentra latente por los serios perjuicios que puede irrogar a una menor de cuatro años discapacitada -que sufre síndrome de down- la falta de continuidad de un tratamiento educativo integrador, que la progenitora cataloga de necesario e indispensable para su habilitación y rehabilitación, circunstancias que ponen en riesgo la evolución de su salud y su condición de vida.

Tampoco dejo de advertir que si bien es cierto que los argumentos del a-quo relativos al mayor rigor en cuanto a la exigencia de verosimilitud del derecho cuando se trata de medidas como las debatidas en autos, pueden considerarse como vinculados a cuestiones de hecho, derecho común y procesal ajenas en principio a la instancia, también lo es que ante la posibilidad cierta que la demora en resolver la petición traiga aparejada una situación como la señalada en el párrafo anterior, los jueces debieron ante tal disyuntiva por un lado, tener en cuenta los aspectos esenciales citados que hacen a estos institutos procesales; y, por otro, sopesar los valores en juego -reitero, salud y calidad de vida de menores discapacitados- como forma de resolver adecuada y rápidamente el caso. Ello a los fines de evitar los perjuicios que se generarían para el supuesto que no se dicte la medida, pues resultaría dificultosa cuando no imposible su reparación en la oportunidad de dictarse la sentencia definitiva

S.C.A.N° 804, L.XLI.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

(v. doctrina de Fallos: 319:2325; 321:1187; 325:1784 y 2367; 326:2906; 327:2406 - aplicación a contrario sensu- 327:1603 ,2304).

-III-

Establecida entonces la viabilidad del recurso interpuesto, queda examinar si los argumentos con los que los jueces fundaron el rechazo de la cautelar pueden brindar sustento suficiente a su sentencia y si son atendibles los esgrimidos por la parte demandada en razón que algunos fueron receptados por aquéllos y es ella la que debe hacer frente a las erogaciones de resultar la medida viable.

Creo que tanto respecto de unos cuanto de otros la respuesta negativa se impone.

Ello es así pues la afirmación relativa a que en autos no se encontraba acreditado el tenor del cuidado que requiere la menor resulta dogmático y carente de adecuado sustento, desde que tratándose, como está reconocido y demostrado de una persona menor discapacitada (síndrome de down) resultaba lógico presumir la necesidad de iniciar y mantener un tratamiento que se brinda en establecimientos especializados y que resulta correlato necesario de su estado de salud y de los progresos que logró con los que le fueron brindados, que podrían sufrir un retroceso de no continuarse en la forma solicitada.

La accionada, por su parte alegó y los jueces aceptaron su objeción respecto a que los demandantes no acreditaron la idoneidad del establecimiento elegido para brindarlos satisfactoriamente, pero, en las condiciones indicadas la mencionada exigencia plasmada en la sentencia incurre en un inadecuado rigorismo formal inadmisibles frente a los antecedentes del caso. En especial si se tiene en cuenta que el pedido emana de la madre de la discapacitada -en ejercicio de la patria potestad- y es apoyado por la señora Defensora Oficial, evidentemente preocupadas - por asegurar a la menor la atención más adecuada a sus necesidades. En todo caso la demandada, por la naturaleza de la actividad que desempeña contó y contará con oportunidades

procesales para poner en conocimiento de los jueces de la causa en qué otros lugares -estatales o privados- más eficientes y disponibles puede lograrse aquel objetivo.

Ya tuvo oportunidad esta Procuración General de dictaminar, en criterio compartido por V.E. en Fallos: 327:2413, que siendo manifiestas las dificultades que deben afrontar los padres en estas circunstancias, es más razonable y sencillo que quien invoca otras posibilidades vinculadas a la atención del menor y cuenta, como ya dije, con una infraestructura más idónea aporte los datos que fuere menester al respecto. En tales términos no me parece ocioso señalar que V.E. ha resuelto recientemente que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de la formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (v. sentencia del 23 de noviembre de 2004 M.3805, L.XXXVIII "Maldonado Sergio Adrián s/ materia previsional s/ recurso de amparo" considerando noveno).

Este criterio cobra particular relevancia, en primer lugar respecto del planteo relativo a la falta de cumplimiento del requisito de presentación del recurso ante la Cámara, cuestión meramente ritualista -ya que fue dejado ante el magistrado de primera instancia, que lo envió a la alzada (que nada observó sobre el particular)-; es más, cabe descartar estas objeciones frente a la magnitud de los otros valores en juego.

Es claro, además, que frente a la disyuntiva entre postergar o conceder provisoriamente un tratamiento que la madre y la señora Defensora catalogan de necesario -cuyos costos la demandada no acredita encontrarse imposibilitada de afrontar al menos temporariamente (tema que ampliaré en el punto VI) - los jueces debieron privilegiar esta segunda opción en tanto ella importa una solución inmediata que permite subsanar el peligro que el tratamiento se postergue y la menor se vea impedida de recibir el auxilio y la asistencia escolar que necesita(v. Fallos: 326:2906).

14

S.C.A.Nº 804, L.XLI.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

-IV-

Una consideración independiente merecen los argumentos del a-quo en cuanto omiten tener en cuenta puntualmente las disposiciones legales sobre el sistema de protección integral a discapacitados invocadas por la apelante, con fundamento en la falta de prueba de las obligaciones contractuales a cargo de la entidad demandada.

En forma preliminar, resulta determinante destacar aquí que la cuestión se inserta en el marco de los derechos a la vida y su derivado a la salud, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (Conf. art. 75 inc. 22 C.N.). En ese contexto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la obligación impostergable de las autoridades públicas, obras sociales y entidades de la llamada medicina prepaga de garantizarlos con acciones positivas (v. Doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:3569; 326:4931; 327:2413 sentencia del 24 de mayo de 2005 S.C.O.59, L.XXXVIII ORIGINARIO "Orlando Susana Beatriz c/ Buenos Aires Provincia de y otros" s/ amparo considerando tercero).

Resultan entonces atinentes al tema en debate -entre otras disposiciones afines-: el art. 7 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 25 inc. 2 Declaración Universal de Derechos Humanos; los arts. 4 inc. 1 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica; arts 3, 23 y 24 de la Convención sobre Derechos del Niño: ratificada por ley 23849 con el alcance que de ella emana; art. 24, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del art. 10, inc. 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se deben asegurar (Fallos: 323:3229 consid.17, 324:754 Recurso de hecho en "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional" S.C.H.90, L.XXXIV, del 13/3/2001, que coincide en lo pertinente con el dictamen de esta Procuración General).

En tal orden de ideas cabe señalar el interés de la comunidad internacional respecto de la problemática que nos ocupa. Así la Asamblea General de las

Naciones Unidas ha aprobado, mediante resolución 37/52 del 3/12/1982, el "Programa de Acción Mundial para los Impedidos", destinado a promover -entre otras igualmente importantes- acciones eficaces para la prevención de la incapacidad y la rehabilitación, a fin de concretar el desarrollo de la igualdad de este grupo de personas. Más recientemente, el 10/1/2001 se ha ratificado la "Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad" suscripta en Guatemala el 8/6/1999, aprobada por la ley 25580, por medio de la cual nuestro país, reafirma que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y se compromete a trabajar -entre otros tópicos- en el tratamiento y rehabilitación de las personas que la padecen (art. 3 inc. 2 ap. b).

Es más el interés superior del niño, debe ser tutelado por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño). Dicho precepto establece que, en todas las medidas concernientes a ellos que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, debe privilegiarse su interés superior.

Vale señalar sobre el tema, que la problemática de los menores discapacitados tampoco ha sido ajena a pronunciamientos de tribunales extranjeros. Así, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. se ha expedido en resguardo de los mencionados derechos que les asisten en varios precedentes, (v. entre otros, del 1 de julio de 1985 en causa 473. U.S 432 City of Cleburne v. Cleburne Living Center y del 20 de abril, 1981 Pennhurst State School).

Es claro, entonces, que problemas como el aquí considerado se encuentran bajo el amparo de normas constitucionales e internacionales, por lo que los jueces no pudieron soslayar su tratamiento bajo pretexto y con argumentos aparentes relativos a la falta de acreditación de las condiciones contractuales que vinculaban a las partes.



S.C.A.N° 804, L.XLI.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

-V-

Por otra parte, además, y aún descendiendo en la escala jerárquica normativa es dable indicar que la ley 24901 estableció 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 (art. 1), que pone a cargo de las obras sociales enunciadas por el art. 1 de la ley 23660 , que deben satisfacerlas por sí o por medio de servicios contratados (Art 2). A su vez posteriormente la ley 24754 dispuso que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias a cargo de las obras sociales, de acuerdo a lo establecido por las leyes 23360, 23661 , 24455 , y sus respectivas reglamentaciones. También más recientemente, la ley 25929 asimiló la situación de las obras sociales y entidades de medicina prepaga en materia asistencial.

Cabe asimismo puntualizar que la ley 23661 a la que remite la ley 24.754, instaura un sistema de seguro de la salud con el alcance de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1), cuyo objetivo fundamental es el de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondieran al mejor nivel de calidad disponible y garantizarán a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones (art. 2). Asimismo su art. 28 establece que dentro de las prestaciones obligatorias quedan incluidas todas aquellas que exigiese la rehabilitación de las personas discapacitadas, como también la cobertura de los medicamentos que tales prestaciones requirieran.

Entonces, si la ley 24754 determinó que las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales conforme a lo establecido por las leyes 23660, 23661 , 24455 y sus respectivas reglamentaciones, entre las que -conforme acabo de señalar-

obligatoriamente se encuentra la de brindar todas aquellas que requiera la rehabilitación de las personas con discapacidad), no resulta irrazonable ni tampoco injustificado - además de que torna efectivas las directrices antes reseñadas- concluir que pesa sobre la demandada, desde la perspectiva constitucional y legislativa, y al menos temporariamente en este estado del juicio, la obligación de brindar las prestaciones reclamadas desde que consisten en tareas de socialización, lenguaje (reconocimiento de voces), motricidad fina y gruesa (v. constancias de fojas 10 y 11 de los autos principales), que se encuentran comprendidas entre las prestaciones básicas indispensables a un niño con síndrome de down, que exceden de una simple actividad escolar general.

Por otra parte, la ley 24901 encomendó al Estado Nacional la atención de las prestaciones que favorezcan a las personas discapacitadas que no cuenten con otras coberturas sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (v. Arts 1 a 4 y doctrina de Fallos: 325:519). De su lado, el decreto 1193/1998, reglamentario de la ley 24901 al referirse en su art. 4 al alcance de la intervención del Estado en la prestación de los servicios básicos, indica que tendrá lugar cuando, las personas con discapacidad carecieran de cobertura brindada -entre otros- por empresas (los subrayados me pertenecen). Y desde que la Corte Suprema enfatizó la analogía existente entre las obras sociales y las empresas de medicina, al sostener que "...tienen numerosos rasgos y objetivos en común" la accionada debió hacer extensivo a su caso lo determinado respecto de las obras sociales, garantizando a sus afiliados el pleno goce del derecho a la salud sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. En ese contexto, no podía excusarse de sus obligaciones legales con la mera invocación genérica relativa de un lado, a la no demostración por la demandante de la imposibilidad del Estado de hacerse cargo de dichas prestaciones; y de otro, no encontrarse comprendida entre los obligados a que se refiere el art. 2 de la mencionada ley 24901 -por ser esta ley posterior a la 24754- cuando al menos prima-facie debía prioritariamente también concurrir a su consecución. Observo que la exégesis que reitera en su contestación del recurso extraordinario desvirtúa la finalidad de las normas que estudio en los párrafos que anteceden y la vuelve inoperante (v. Fallos: 305:289;307:933

S.C.A.N° 804, L.XLI.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

y 310:863); es más, de admitirse se traduciría en la frustración del derecho reclamado que cuenta con amparo constitucional (v. Fallos: 312:1496).

Finalmente, en este aspecto si bien la cuestión traída por la demandada relacionada con la suspensión del Plan Medico Obligatorio (POM. Resolución del Ministerio de Salud 939/2000) dispuesta por Resolución del mismo organismo 201/2002 (Plan Médico Obligatorio de Emergencia) resulta ajena a mi dictamen por no haber sido objeto de planteo ni debate oportuno en la anterior instancia, lo cierto es que dentro del limitado marco de la controversia, el tenor de asistencias como las aquí reclamadas puede considerarse comprendida en los casos de atención obligatoria que impone la citada emergencia en la mencionada Resolución 201, art. 1° Anexo I puntos 4. 1 y 5.

-VI-

Igual suerte debe correr la afirmación del sentenciador referida a la ausencia de previsiones contractuales que pudieran obligar a la entidad de medicina prepaga a solventar la prestación solicitada, ya que, de ser cierta, ella resulta inconducente, pues aún cuando las partes nada hubiesen previsto en la relación jurídica que las vincula, la obligación en cuestión emana de las normas de orden público que reseñé en los puntos que anteceden y que por su propia naturaleza no pueden ser modificadas por silencio o acuerdo de partes. Inclusive indagando sobre la validez de una ley modificatoria de un contrato no cumplido, V.E. precisó que la sola contratación, no da a los derechos establecidos en la convención carácter de adquiridos, contra una ley de orden público (v. Fallos 172:21, 224:752 y Fallos 324:754 coincidente con el punto VI in fine del dictamen de esta Procuración General). Valga recordar aquí que en los casos de contratos con cláusulas predispuestas, en caso de duda, debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de ellas, regla hermenéutica que se impone en razón de expresas disposiciones legales (Arts. 1198 del Código Civil; 218, inciso 3 del Código de Comercio y 3 de la ley 22240) y se acentúa en el supuesto de contratos de prestaciones médicas, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se

hallan en juego: la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria (v. Fallos: 325:690 considerando 9 y 10 y jurisprudencia allí citada).

Finalmente, también resulta aplicable en la especie la directriz expresada por la Corte Suprema, de acuerdo a la cual el intérprete no puede desentenderse del resultado concreto de su tarea exegética, sino que debe contemplar las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados jurídicamente valiosos (v. Fallos: 302:1284).

-VII-

Tampoco se encuentra por ahora acreditada, dado el estado del trámite en el caso la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica ni, la configuración de exorbitantes costos económicos derivados de la aplicación del cuerpo normativo a supuestos como el de autos, por lo que la pretendida imposición a los peticionantes de una caución real carece de todo asidero

En mérito de lo expuesto, opino que la sentencia apelada incurre en arbitrariedad por contener por su generalidad argumentos solo aparentes, que evidencian, dado el tenor de la asistencia solicitada, un injustificado rigor formal. Y, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48).

No dejo de advertir que puede interpretarse que los argumentos expuestos en mi dictamen avanzan sobre el fondo del asunto, pero, sin embargo, de un minucioso examen de ellos resulta claro que están acotados al limitado marco cognoscitivo que confiere el estado procesal de la causa, y lo son sin perjuicio de lo que pueda resolverse una vez cumplidas las etapas probatorias y un adecuado ejercicio por todos los interesados de su derecho integral de defensa en juicio.

En tales condiciones y a fin de evitar nuevas demoras en la cuestión creo que corresponde que V.E., de estimarlo pertinente haga lugar a la queja ,

S.C.A.N° 804, L.XLI.-

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

declare procedente el recurso extraordinario y disponga revocar sin más la decisión apelada, con el alcance indicado.

Buenos Aires, 14 de febrero de 2006.

MARTA A. BEIRÓ de CAMERON
Procuradora Fiscal
Corte Suprema de Justicia de la Nación
Subrogante

FERNANDO ZAYAT
PROSECRETARIO JEFE ADJUNTO
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
7/10/05 '11