



Expte. 9296.

(RGE:-0-0)

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea

Expte. 9296, Reg. 13 (S) del 19/3/2013.

En la ciudad de Necochea, a los 19 días del mes de marzo de dos mil trece, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **"R., Marisa Elisabet c/ MEDIFE S.A. s/amparo"** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Fabián Marcelo Loiza, Humberto Armando Garate y Oscar Alfredo Capalbo.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª.) ¿Es justa la sentencia de fs. 275/290?

2ª.) ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

I.- A fs. 275/290 el tribunal resuelve: *"I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. Marisa Elisabet R., por derecho propio y en*



Expte. 9296.

representación de su hijo menor de edad Luis Angel C. R.. En su mérito, ORDENANDO a la demandada, la empresa Médife S.A. la inmediata cobertura del 100% (cien por ciento) de la atención por parte del psicólogo con orientación cognitivo conductal; de atención por parte de un psiquiatra infanto juvenil y de la atención por parte e un psicopedagogo con orientación neurocognitiva, reclamados para su afiliado bajo el N°4-31004598-01/334 el menor Luis Angel C. R., a través de su progenitora, a partir de la promoción de la presente acción y por los valores de los presupuestos aportados y/o a aportar, luego de lo cual y sobre la base de los informes rendidos por los profesionales a cargo de su prestación, se evaluará la conveniencia y alcances de su continuidad, debiendo asimismo la demandada proceder a reintegrar las practicas ya abonadas por la accionante, en un plazo no mayor de 10 días desde la presentación de las facturas respectivas. Ello, sin perjuicio del contralor de parte de la Auditoria Médica que cabe cumpla la empresa Médife S.A. sobre la realización efectiva de los tratamientos. II) Las costas del presente se imponen a la empresa Médife S.A. en virtud del principio de la derrota (arts. 14 y cctes. de la ley 13.928 y cctes. Ley 7166). (...)



Expte. 9296.

regulando luego los honorarios de los letrados intervinientes.

Dicha sentencia fue apelada y fundada a fs. 291/299vta. por la parte demandada. Mientras que a fs. 338/340 contesta traslado de la expresión de agravios la parte actora.

A fs. 300 el Dr. S. por la demandada apela honorarios por altos.

II.- Indica el recurrente en su primer agravio que le causa perjuicio la nueva nulidad incurrida en el decisorio en crisis.

Indica que con fecha 14/05/09 la alzada estableció como requisito "sine quo non" para el dictado de un pronunciamiento válido que los miembros del Tribunal tomen contacto con el menor, con la presencia de la perito psicóloga de la Asesoría Pericial, previo al dictado e la sentencia. En autos nuevamente se ha incumplido con tal recaudo, ya que solo tomó contacto con el menor el presidente del tribunal.

En su segundo agravio expresa que le causa perjuicio cuando el decisorio recurrido establece que *"la preservación de la salud no necesita justificación*



Expte. 9296.

alguna, sino por el contrario, es la restricción a este derecho la que debe ser justificada, importando ser un una suerte de inversión diabólica de la carga probatoria".

Añade que está probado en autos que su representada jamás negó la cobertura, preservó en todo momento la salud del menor, poniendo a su disposición la cartilla de profesionales que tiene contratados para cubrir los servicios requeridos. Por lo que no existió restricción al derecho a la salud del menor. Es la actora quien no ha acreditado que los profesionales puestos a su disposición no eran idóneos para la atención requerida por el menor.

Agrega que la relación personal que el menor, según los dichos de la magistrada preopinante, ha establecido con los facultativos que su madre ha elegido para su tratamiento, en forma alguna puede ser un elemento para establecer y obligar a su mandante a una prestación fuera de todo marco legal.

En su tercer agravio indica que le causa menoscabo que se sostenga que no resulta de imposible financiación el tratamiento requerido por el amparista o



Expte. 9296.

que no se ha acreditado la imposibilidad de hacer frente a la prestación reclamada por el amparista.

Refiere que el presente es un proceso de amparo, por lo que no es el ámbito procesal para la producción de pericias contables, estadísticas o financieras.

Aduce que el carácter manifiesto de la arbitrariedad o ilegalidad es requisito para la procedencia del amparo, cuestión también soslayada en el decisorio, lo que acarrea también su nulidad por omisión de tratamiento de cuestión esencial, planteo que también se deja articulado.

En el cuarto agravio indica que le causa perjuicio que en la sentencia recurrida se sostenga que no se puede fallar sobre proyecciones hipotéticas, y que ello amerite el rechazo de los argumentos planteados por esta parte.

Añade que la cuestión no es abstracta o hipotética, la resolución recurrida crea una obligación de cobertura donde la misma no existe, y dado el precedente todos los afiliados de la demandada podrán requerir prestaciones distintas o más extensas que las



Expte. 9296.

contratadas invocando el derecho a la igualdad, es decir recibir el mismo tratamiento que la amparista de autos.

En su último agravio, indica que le causa menoscabo la forma en que han impuesto las costas.

A fs. 300 el letrado apoderado de la demandada apela la regulación de honorarios por estimarlos altos.

III.- El recurso impetrado debe rechazarse.

1. Respecto del primer agravio que persigue la nulidad de la sentencia, cabe adelantar que el recurrente carece de interés -y por ende de agravio- para perseguir la nulidad de la sentencia por la denunciada ausencia de contacto directo del menor con el Tribunal a quo en pleno.

Es que siendo tal previsión normativa -de sustancia constitucional- una protección en favor del interés superior menor (art. 3:b ley 26061; art. 12 Convención DD del Niño; Comité de los Derechos del Niño ONU, Observación General 12/2009, párrafos 32°, 46° y especialmente 47°) y en atención a que la decisión del grado ha resultado, hasta aquí, en su beneficio no cabe atender la pretensión nulitiva de quien no sólo no



Expte. 9296.

representa ese interés sino que persigue la modificación de la sentencia.

2. Los argumentos del recurrente pueden reunirse en dos líneas: por un lado no ha existido *arbitrariedad ni ilegalidad manifiestas* y a la par se habría creado por el Tribunal de grado una obligación pretoriana donde no la había al condenar a prestar los servicios indicados en sentencia.

Determinar la impertinencia de tales argumentos al sostener los agravios nos lleva a identificar en primer lugar el marco normativo aplicable al caso, partiendo de los hechos comprobados.

Estos nos indican que Luis Angel es un menor de edad con un diagnóstico de “trastorno por déficit de atención con hiperactividad de tipo combinado” y “trastorno negativista desafiante” y desde junio de 2006 se le ha certificado su discapacidad por el Ministerio de Salud (fs. 15; corroborado por la pericia de fs. 120/124).

La normativa aplicable parte desde los textos constitucionales que indican que los consumidores tienen derecho a la protección de su salud (art. 42 de la C.N.)



Expte. 9296.

y que ésta jurídicamente es definida como *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* (art. 12 PIDESC); a su turno la Convención de los derechos del niño en su art. 24 *“reconoce[...] el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”*.

La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad establece en su art. 25 que *“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la*



Expte. 9296.

población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera



Expte. 9296.

discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.”(donde el subrayado me pertenece).

Asimismo la ley nacional de salud mental establece como derecho de las personas con padecimiento mental el de “recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;” (art. 7° inc. a ley 26657).

Más puntualmente el art. 1° de la ley 24901 (que la demandada reconoce en su memorial como aplicable al caso, v. fs. 293) instituye como objetivo el de “brindarles [a las personas con discapacidad] una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos” poniendo a cargo de los prestadores de salud (entre los que están las empresas de medicina prepaga, a tenor de la ley 24754, art. 1°) “la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.”



Expte. 9296.

Al definir las prestaciones básicas incluye las llamadas prestaciones de rehabilitación (art. 15) como *“aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que un persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera.”* (el subrayado me pertenece).

Seguidamente en el art. 16 indica que son también prestaciones básicas las *“prestaciones*



Expte. 9296.

terapéuticas educativas, [es decir] aquellas que implementan acciones de atención tendientes a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo.”.

Luego los arts. 37 y 39 amplían esa red protectoria al imponer a los prestadores la atención psiquiátrica de trastornos agudos o crónicos, debiendo garantizar la asistencia psiquiátrica ambulatoria, a lo que se añade que “También se cubrirá el costo total de los tratamientos prolongados, ya sean psicofarmacológicos o de otras formas terapéuticas.” (el subrayado es propio). Y en el primer inciso del citado art. 39 prescribe que “Será obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así o determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de



Expte. 9296.

la presente ley;" (el destacado es personal; la referencia al art. 11 es a los equipos interdisciplinarios de las prestadoras).

A su vez la resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación, que fijara el llamado PMOE (Programa Médico obligatorio de Emergencia) en sus considerandos especifica que aún en la emergencia *"se debe garantizar el acceso a la salud de todos y en especial la protección de la salud de los grupos más vulnerables como embarazadas, niños en edad escolar, mayores de SESENTA Y CINCO 65 años y otros reglamentados por leyes especiales."*.

Luego en el Anexo I (prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el Artículo 1º de la Ley 23.660) apartado 4 "Salud mental" establece que *"4.1. Se incluyen todas aquellas actividades de fortalecimiento y desarrollo de comportamientos y hábitos de vida saludables como forma de promoción de la salud en general y de la salud mental en particular. 4.2. Actividades específicas que tienden a prevenir comportamientos que puedan generar trastornos y malestares psíquicos en temas específicos como la*



Expte. 9296.

depresión, suicidio, adicciones, violencia, violencia familiar, maltrato infantil. Los agentes del seguro propiciarán las prácticas de promoción de salud mental mediante el desarrollo de actividades acordes a las modalidades que consideren pertinentes para su población beneficiaria. 4.3. Prestaciones cubiertas: atención ambulatoria hasta 30 visitas por año calendario, no pudiendo exceder la cantidad de 4 consultas mensuales. Esto incluye las modalidades de entrevista psiquiátrica, psicológica, psicopedagogía, psicoterapia individual, psicoterapia grupal, psicoterapia de familia y de pareja, psicodiagnóstico." (el subrayado es mío).

Seguidamente entre los códigos de prácticas el 330101 es el correspondiente a psicoterapias de niños o adultos. Asimismo al referirse a la droga que la propia demanda ha venido cubriendo (metilfenidato) prescribe la resolución que vengo citando (acápito N06B Psicoestimulantes), que tal cobertura debe darse en el marco del "tratamiento integral del síndrome de hiperactividad con déficit de atención, a cargo de un médico especialista".



Expte. 9296.

Finalmente el llamado Reglamento General de Medifé obrante a fs. 29/30vta. prevé en su apartado G "Limitaciones, condiciones y exclusiones" que *"Psiquiatría, psicología y psicopedagogía: requiere autorización previa del equipo de profesionales de orientación en salud mental de Medifé"*.

Reforzando el plexo normativo que entiendo de clara aplicación al supuesto de autos, la Corte Nacional ha sostenido -incluso en su anterior integración- que *"les corresponde a las [empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga] "efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)", máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles "en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios", que obsta a que puedan desconocer un*



Expte. 9296.

contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677)." (Fallos 330:3725 "Cambiaso Péres de Nealón Celia c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas" 28/08/2007).

La doctrina también acompaña esa postura jurisprudencial afirmando que los precedentes jurisprudenciales de la Corte -y de otros tribunales inferiores- *"ratifican un principio básico (...) que es la afirmación del rol regulador del Estado en relación con la actividad de los prestadores privados de salud y la limitación de los derechos de propiedad cuando están en juego derechos sociales de base constitucional como el derecho a la salud. En estos casos, el derecho a la salud no funciona como una fuente de obligaciones de provisión estatal de bienes o servicios, sino como fundamento de la imposición al Estado de un rol de protección frente a eventuales abusos o actos arbitrarios de prestadores privados. El derecho social*



Expte. 9296.

actúa modulando el alcance del derecho de propiedad de los empresarios de servicios de salud. La Corte ratifica el principio de que el derecho fundamental a la salud tiene un espacio también en las relaciones entre particulares y que el Estado tiene la facultad y en ocasiones el deber de intervenir para equilibrar relaciones de poder desiguales en este campo contractual y asegurar el respeto del derecho por parte de empresas y particulares” (Abramovich, Víctor y Pautassí, Laura “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina” en “Salud Colectiva”, Bs. As., 4(3):261-282, Septiembre - Diciembre, 2008; disponible en <http://www.unla.edu.ar/index.php/saludcolectiva-revista12>)

Frente a este cúmulo de prescripciones jurídicas no puede sino concluirse que la demanda ha incurrido, respecto del menor de autos, en la lesión a su derecho a la salud, con ilegalidad y arbitrariedad manifiestas, tal como postula la normativa de amparo como recaudo de procedencia (arts. 43 CN; 20 C. Prov.; 1º ley 13928).



Expte. 9296.

Ilegalidad pues no ha tomado a su cargo debidamente las citadas obligaciones legales que como prestadora de salud le caben en el presente caso, las que establecen puntualmente la importancia de un tratamiento integral y específico, con las herramientas técnicas que permitan augurar el mejor resultado posible en el tratamiento de la salud mental del menor.

Arbitrariedad pues frente a la puntual y fundada petición de cobertura específica (v. fs. 6, 7 y 9) la demandada responde genéricamente sin ofrecer (v. fs. 7 y 59) profesionales con la análoga y específica capacitación que el presente caso requiere a la luz de las pruebas reunidas en autos (v. testimonios de fs. 117/118 y pericia de fs. 120/124) sin que por lo demás haya demostrado que para tal respuesta se cumplió con el recaudo de consulta a su equipo de profesionales de salud mental que la misma demandada estableció como cláusula predispuesta ya citada del contrato. De allí que la arbitrariedad sea de doble fuente, pues la respuesta es infundada y contraria a sus propios parámetros de atención.

Finalmente ambas faltas resultan manifiestas pues se desprende de la simple comparación entre las



Expte. 9296.

obligaciones legales y contractuales frente a la respuesta de la prestadora de salud.

Las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68 CPCBA; 14 y 19 ley 13928).

En síntesis y por las razones expuestas entiendo que la sentencia debe confirmarse.

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada, voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Garate votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO:

Corresponde confirmar la sentencia de fs. 275/290. Las costas de Alzada deben imponerse al vencido (art. 68 CPCC; 14 y 19 ley 13928). Debiendo proceder por la Instancia de origen a regular los honorarios correspondientes a los trabajos realizados por la Dra. Paula Andrea González; difiriéndose el



Expte. 9296.

tratamiento del recurso interpuesto a fs. 300 y la regulación de los honorarios por los trabajos resueltos ante esta Alzada, para la oportunidad dispuesta en el art. 31 de la ley arancelaria (arts. 13, 14 y 31 y concs. DL 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Garate votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, de marzo de 2013.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se confirma la sentencia de fs.275/290. Procédase por la Instancia de origen a regular los honorarios correspondientes a los trabajos realizados por la Dra. Paula Andrea González. Se difiere el tratamiento del recurso interpuesto a fs. 300



Expte. 9296.

y la regulación de los honorarios por los trabajos resueltos ante esta Alzada, para la oportunidad dispuesta en el art. 31 de la ley arancelaria (arts. 13, 14 y 31 y conchs. ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). Devuélvase.

Dr. Fabián M. Loiza
Juez de Cámara

Dr. Oscar A. Capalbo
Juez de Cámara

Juez de Cámara

Dr. Humberto A. Garate

Dra. Daniela M. Pierresteguy
Secretaria