



## Salud

### Cobertura de especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales de la Obra Social

#### **P. F. M. y ot. p. s. h. m. P. M. , V. J. c/ Swiss Medical SA y ots. p/ Amparo**

En Mendoza, a los ocho días del mes de febrero de 2013 reunidos en la Sala de Acuerdos, los Sres. Jueces de esta Excm. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 150363/ 33776"P. F. M. y ot. p. s. h. m. P. M. , V. J. c/ Swiss Medical SA y ots. p/ amparo" y su compulsa acumulada N°150363/33137, de igual carátula, originarios del Noveno Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs.310/314 por la demandada Swiss Medical contra la sentencia de fs.209/302, así como por los recursos de fs. 156/163 deducido por Swiss Medical y de fs. 164/166 deducido por O.S.D.E.P.Y M. contra la resolución cautelar de fs. 142/143.

Llegados los autos al Tribunal se ordenó correr traslado de los recursos interpuestos y fundados conforme a la regulación de la acción de amparo a la actora, la que contestó la apelación de la sentencia a fs. 328/352 y la apelación de la cautelar a fs. 662/674

A fs.295/296 y fs.734 dictaminó la Sra. Asesora de Menores e Incapaces, quedando los autos en estado de resolver.

Practicado el sorteo de ley quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. Mastrascusa, Colotto, Staib.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN:



¿Es justa la sentencia y el auto apelados?

SEGUNDA CUESTIÓN:

Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA MASTRASCUSA DIJO:

I. Dado que en esta causa se ha acumulado el trámite y resolución de los recursos incoados en la Alzada tanto contra la sentencia cuanto contra la medida cautelar -ambas favorables a las pretensiones de los amparistas- estimo que resulta conveniente por razones de coherencia, de lógica y de economía procesal, comenzar por el tratamiento del recurso deducido contra la sentencia por Swiss Medical, ya que los contenidos de ambas resoluciones se corresponden, siendo un poco menos extensa la de la medida cautelar, de modo tal que la resolución que se adopte sobre el principal, influirá de todas formas en la resolución de los recursos contra la precautoria.

a) Recurso de Swiss Medical contra la sentencia de fs. 299/302. La sentencia recurrida condena a SWISS MEDICAL S .A y contra de OSDEPYM (Obra Social de Empresarios, Profesionales y Monotributistas ) otorgar cobertura integral y total de la dolencia que padece la Amparista menor de edad V. J. P. M., para que sea atendida por parte del Dr. Caraballo y su equipo médico; en el lugar en que los mismos presten servicio o donde estos lo indiquen; incluyendo consultas, estudios médicos, tratamiento, medicación, cirugías, estudios complementarios, como así también los gastos de internación, traslados aéreos, estadía de la menor y de sus progenitores en la Ciudad de Buenos Aires.-

Contra tal decisión se alza Swiss Medical agraviándose de lo que a su juicio es una decisión que contraría el derecho vigente por condenar a prestaciones inciertas.

En primer lugar, señala que el Dr. Caraballo no es prestador de su mandante y que tampoco lo es su equipo, y que por otra parte Swiss Medical cuenta con una amplia red de prestadores e



Instituciones de primer nivel que perfectamente pueden avocarse a atender la patología de la menor.

Sostiene que hay un error del sentenciante en lo que sostiene sobre los costos, pues no es Swiss Medical quien factura ninguna prestación sino que resulta financiadora del sistema y por tal motivo provee de cobertura a prestaciones médicas.

Afirma que mientras no se demostró ningún perjuicio real por que la menor concurriera al Hospital Garrahan, resulta en cambio evidente que no es lo mismo, por los costos que ello implica para su parte, que facture un prestador ajeno a la red de Swiss Medical.

Expresa que el plan que vincula a los amparistas con SM es cerrado y que ello inhabilita a la posibilidad de acceder a prestadores fuera de la cartilla, transcribiendo artículos del reglamento de afiliación.

Agrega que no se demostró que los profesionales con los que cuenta SM no puedan asistir con el mismo éxito a la menor.

También se agravia de la extensión de la condena, la que dice que es a futuro, que obliga a brindar prestaciones que no se sabe si resultarán adecuadas por ser inciertas. Agrega que la sentencia deja al exclusivo arbitrio del equipo profesional ajeno a la red de su mandante tales prestaciones sin permitirle siquiera auditar las mismas. Expresa que en la sentencia no se dice que pasaría si la menor o sus padres dejaran de pertenecer a Swiss Medical.

A continuación se refiere largamente al régimen legal vigente, sosteniendo su derecho a aferrarse al PMO dictado por la Resolución 201/02/ref:LEG3574).

Entiende que la sentencia al referirse a la ley 24.901 no analizó la misma en forma integral y que no hay previsión ni en la ley 24754, ni en la 23660 ni en la 23661 que obligue a las obras sociales o a las entidades de medicina prepaga a brindar las prestaciones del PMO por medio de un prestador determinado.



Cita jurisprudencia.

A fs. 328/352 la parte actora contesta el traslado conferido solicitando el rechazo del recurso por las razones que doy por reproducidas en mérito a la brevedad.

II. A fin de clarificar el marco jurídico en el que debe analizarse la presente acción hay que destacar que en el caso, la menor V. P. M. ostenta declaración de incapacidad emanada de la Dirección Provincial de Atención Integral de la Persona con discapacidad dependiente del Gobierno de la Provincia de Mendoza, conforme al Régimen de Protección de las Personas con discapacidad de la ley provincial 5.041 y al Decreto 2541/88.

Si bien no desconozco la polémica existente en torno a la aplicación o no de la ley 24901 a las entidades de medicina prepaga al momento de la deducción de la presente acción de amparo, no me cabe duda de que la interpretación adecuada al bloque de constitucionalidad y convencionalidad vigentes en nuestro ordenamiento jurídico era la adoptada por el voto de la mayoría de la Corte de la Nación en el caso "C. P. de N. , C. M. A. y otros v. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médica "CEMIC" del 28/8/2008.

Allí se dijo que la ley 24754 prescribe que las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme a lo establecido por las leyes 23660(, 23661 y 24445 y sus respectivas reglamentaciones. Por su parte la ley 24431 establece un régimen de protección integral de las personas discapacitadas, y la ley 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de estas personas, disponiendo que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones enunciadas en dicha ley.

Si esas prestaciones son obligatorias para las obras sociales, por ende y en función de lo dispuesto por la ley 24754, también lo son para las entidades de medicina prepaga.



Hoy en día la cuestión no puede suscitar discusión alguna, luego de la sanción de la ley 26682 que en su art. 7 dispone: " Obligación. Los sujetos comprendidos en el art. 1 de la presente ley deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24901 y sus modificatorias.". La ley reglamentada en diciembre de 2011 está actualmente vigente, y en consecuencia no habiéndose invocado por parte de Swis Medical que su organización se encuentre entre los supuestos restrictivos en los que dicha ley permite una cobertura parcial, es de todo rigor entender que la condena "de futuro" que la apelante impugna por ser una consecuencia de relaciones jurídicas existentes, se encuentra perfectamente encuadrada desde este punto de vista en la normativa de la ley 24.901 aplicable por el art.7 de la ley 26682 a las empresas de medicina prepaga.

Ahora bien, en la ley 24901 se instituyó "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" (art. 1); y se estableció, además, que las obras sociales (hoy con toda seguridad también las empresas de medicina prepaga) tienen a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella que necesiten sus afiliados con discapacidad, mediante servicios propios o contratados, los que serán evaluados previamente de acuerdo a los criterios definidos y preestablecidos en la reglamentación (arts. 2 y 6 de la ley 24901).

La misma ley prevé igualmente que los entes que prestan cobertura social deben reconocer la atención de las personas discapacitadas "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 lo determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el art. 11 " (art. 39, inc. a de la ley 24901).

Ahora bien, el acceso de las personas discapacitadas a las acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal -y, en general, a todas aquellas acciones que favorezcan su integración



social y su inserción en el sistema de prestaciones básicas- se lleva a cabo "por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos" (art. 11 de la ley 24901).

En otras palabras, las necesidades y requerimientos de una persona con discapacidad, en lo que se refiere al contenido de la cobertura a recibir, deben ser necesariamente determinados a través de la intervención de un equipo interdisciplinario que efectúe la evaluación y orientación correspondientes (arts.11 y 12 de la ley 24901).

Sin embargo este equipo no ha sido reglamentado, ya que como puede investigarse en [www.infoleg.gob.ar](http://www.infoleg.gob.ar), la única norma que se refiere a él es la Resolución 206/2011 que prevé otorgar esas funciones a un órgano supuestamente establecido por la Resolución Nº 84/11-SSSALUD por la cual la mentada resolución indica que se creó un Equipo Interdisciplinario en Discapacidad, en el área de la Gerencia de Servicios al Beneficiario, con las atribuciones y funciones asignadas hasta ese momento al Equipo Especializado en Atención de Reclamos de Discapacidad.

Sin embargo el propio servicio de infoleg aclara que la resolución Nº 84/11 de la Subsecretaría de Salud no ha sido publicada en el Boletín Oficial.

Sin perjuicio de ello, la resolución 206/11 le otorga a ese cuerpo las facultades instituidas por el art. 11 de la ley 24.901 para asesorar a las personas discapacitadas y a las obras sociales con menos de 5.000 miembros, lo que deja fuera de ella a la demandada.

De tal modo la falta de intervención de un equipo interdisciplinario que indicara las prestaciones requeridas en el caso de autos no puede ser óbice para la aplicación del mentado art. 39 de la ley 24.901, y en todo caso, como lo expresa un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, de fecha : 30/12/2010 " A. I. V. v. Organización de Servicios Directos Empresarios -OSDE", la obligación de informar sobre esta necesidad a la familia del discapacitado pesa sobre la entidad de medicina prepaga, conforme lo impone la obligación de información prevista por la



ley 24240 y si la entidad no lo hace, corresponde hacer lugar a los requerimientos y necesidades de la persona discapacitada en función del art.3 de dicha ley.

Mucho más en el caso de autos, en el que se trata por una parte de prestaciones médicas esencialmente (en el fallo citado, se trataba de prestaciones educacionales especiales), y que además, ha sido claramente comprobado que requerían de la intervención de profesionales especializados como los requeridos por los amparistas.

Estas consideraciones además de la documentación presentada por la amparista dan por tierra con los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, en el sentido de que se desconocía que la menor tenía certificación de discapacidad, y que por ello SM desconocía que se encontrara en condiciones de ser beneficiaria de las prestaciones que esa ley establece.

Por lo demás, el certificado tiene fecha anterior al reclamo extrajudicial de los padres de la menor, y además fue presentado con el resto de la documentación que acreditaba la enfermedad que padecía la menor.

Por otra parte es acaso posible que las autoridades de SM no pudieran conocer que una epilepsia refractaria fuese suficiente para que la organización empresaria de servicios médicos no se diera cuenta de la discapacidad de la menor

Siendo ello así era su deber, si entendía que eran necesarios otros estudios informar rápidamente a los padres de tal requerimiento, lo que no se hizo.

Es más de la propia contestación que la apelante dice en su conteste haber cursado a los padres de la menor (lo que no ha quedado acreditado por ningún medio) se evidencia que en caso de haberlo hecho la referida respuesta no contaba con información clara y pertinente, ni se informaba qué equipo interdisciplinario entendía que debía revisar a la menor a fin de asegurarle la prestación indicada.



Por ello le es aplicable lo resuelto en el fallo precedentemente referido que refiriéndose a otra entidad de medicina prepaga afirmó "Sobre esta base, concluyese en que es obligación ineludible de la demandada notificar concretamente a la peticionaria que para obtener el reconocimiento de la cobertura requerida deben ser previamente cumplimentadas, "por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, (las) acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal" (arts. 11 y 39 de la ley 24901).

Que, en el caso, estimase que la respuesta brindada por OSDE al pedido expreso de la madre del menor (ver constancias de fs. 74 y fs. 75), en principio, no cumple satisfactoriamente dicha obligación, dado que sus términos no tienen la claridad suficiente a fin de lograr una comunicación efectiva del mensaje y, de ese modo, lograr una comprensión diáfana por parte de la peticionaria." Fuera de ello, estimo que en el caso, la mentada intervención de un equipo interdisciplinario de la propia demandada era innecesario ante la expresa y fundada derivación de dos médicos pertenecientes al equipo de prestadores de SM quienes a su vez son prestigiosos neurólogos infantiles de nuestro medio (ver fs. 11/15)

Pero aún cuando las certificaciones, diagnósticos y derivación no fueran conocidas o al menos debieran haberlo sido (lo que ya he dicho que no resulta creíble) por la apelante, lo cierto es que luego de presentada la acción de amparo siguió obstaculizando la atención de la menor por parte del equipo médico especializado, aún cuando luego de la interconsulta con el Dr. Caraballo, y por indicación de éste se realizara a la menor en Mendoza y por prestadores de SM una resonancia magnética que arrojó además del diagnóstico de epilepsia refractaria la existencia de un tumor neuronal que debía ser removido por un equipo médico altamente calificado como el que integra el Dr. Caraballo.

Ello implicaba la necesaria intervención de un neurocirujano integrante del equipo del especialista al cual se había derivado a la menor por los propios médicos prestadores de la demanda, y que no eran miembros del Hospital Garrahan.



La necesidad de dicha intervención y de los estudios de alta complejidad que eran requeridos para salvar la vida y la salud de la menor estaban más que acreditados.

El requisito del art.39 de la ley 24.901 estaba en consecuencia claramente cumplido pues se había acreditado la necesidad de varias prestaciones "a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología", surgiendo con toda claridad la obligación de la demandada de otorgar cobertura por medio de dichos profesionales.

La alegación de la recurrente de que no se había demostrado que ella no contara con prestadores asociados suficientemente capacitados, no sólo ha sido desvirtuada por la propia derivación hecha por médicos de su cartilla, sino que en todo caso, era a su cargo la prueba de que contaba con médicos suficientemente especializados para la patología de la menor, lo que nunca se probó.

La objeción de los mayores costos que implicaba que esa cobertura se prestara por fuera del Hospital Garrahan es inocua frente a la expresa obligación legal, y por lo demás, como ha quedado acreditada (fs. 261/280) la intervención quirúrgica se realizó en un hospital de propiedad de la propia apelante, el Sanatorio de Los Arcos, lo que surge de la propia página web de la recurrente, la que he consultado y puede ser consultada por cualquier persona en [www.swissmedical.com.ar/](http://www.swissmedical.com.ar/).

Por lo demás, como tiene dicho la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Nación "si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles, en tanto tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas" (Corte Sup., 27/12/2005, "Sartori, Karina M. v.CEMIC Empresa de Medicina Prepaga", LL Online.).

También argumenta la recurrente que su deber es aferrarse al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el PMO aprobado en el año 2001. Este argumento al que recurren habitualmente



las entidades de medicina prepaga, a más de haber quedado ya rebatido por la aplicación de la legislación vigente y en especial por la ley 24901 para el caso de autos, no debe ser aceptado nunca, pues como ha sostenido un especialista en el tema de las obras sociales como el Dr. Julio Aren, lo propio del PMO es su modalidad dinámica ""Es lógico que el Programa Médico Obligatorio vaya evolucionando a medida que también avanza la ciencia médica, las técnicas que le son propias y también los criterios sociales sobre ciertas prestaciones." ((Aren, Julio, "Régimen legal de las obras sociales. Agentes del seguro nacional de salud", Ed. LexisNexis, 2007) y para valorar esta interpretación es conveniente recordar que su auto que ha sido durante años gerente general de la Superintendencia de Servicios de Salud (organismo de control de las obras sociales nacionales) y es actualmente y desde hace años abogado de varias obras sociales del sistema, y no -en general- de pacientes u ONGs.

Por último y para agotar el tema de los costos alegado por la recurrente conviene recordar que la doctrina de la Corte Suprema de la Nación ha sido constante en este aspecto, refiriéndose al habitual argumento del desequilibrio financiero que produciría el otorgamiento de la cobertura contractual o legalmente requerida. En este sentido el más alto Tribunal ha sostenido la insuficiencia de la alegación en tanto no se demuestre el desequilibrio. Y que asimismo, las prepagas deberían justificar la relación entre ese desequilibrio y algún derecho constitucional. Recién luego podría el tribunal evaluar si el peso del derecho afectado logra ser suficiente para justificar la restricción al derecho a la salud de las personas que se protege a través de la extensión de la referida obligación a las prepagas. (Corte Sup., 8/4/2008, "Unión de Usuarios y Consumidores v. Compañía Euromédica de Salud s/ amparo"; Corte Sup., "Hospital Británico", Fallos 324:754; etc).

En el caso de autos, por lo demás, la cuestión de los mayores costos ha quedado restringida (conforme surge de las constancias de autos) al pago de los honorarios profesionales de médicos especializados y algunos estudios hasta el presente, así como también se ha acreditado con la prueba rendida en esta Alzada que la menor ha mejorado notablemente luego de la cirugía realizada, y es esperable que su control demande menores esfuerzos económicos que los que hubiera costado a la prepaga de haber seguido una mala evolución como la que se pronosticaba en principio.



Este argumento sirve también para contestar el agravio referido a la condena incierta o de prestaciones no especificadas y que podrían ser poco exitosas.

Hasta aquí y gracias a la férrea voluntad de los padres así como a la prudencia de los mismos y la solidaridad de los médicos (tanto los prestadores de SM como los terceros a los que se ha debido recurrir), las coberturas exigidas a la entidad demandada han sido mínimas y se han realizado sólo las que eran necesarias para la menor y su familia.

Han sido claramente exitosas y ello también ha quedado demostrado.

La condena no puede tener otro carácter pues conforme a la ley 24.901 la cobertura de la menor debe ser integral y en consecuencia, debe preverse todo lo que sea necesario para garantizar el objetivo propuesto por el art.1 de dicha norma esto es, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Por otra parte y acreditada la imprescindible intervención del equipo médico especializado que atendió a la menor, la sentencia no podía menos que sujetar la indicación de las medidas, estudios y prestaciones médicas a sus indicaciones, agregando sólo los gastos de estadía de la menor y sus padres en Buenos Aires si fuera necesario. Todo ello por haber quedado acreditado como se ha fundado más arriba que se habían configurado los requisitos del art. 39 de la ley 24.901.

Finalmente la queja sobre qué pasaría si la menor o sus padres dejaran de estar afiliados a la recurrente, es absurda, pues la sentencia se ha basado en la legitimación pasiva de las demandadas, y en lo referente a la recurrente, se trata de una relación contractual que tiene a su vez imperativos legales de orden público, pero basados necesariamente en dicha relación contractual, la que de extinguirse, extinguiría en consecuencia los efectos de la condena para la recurrente.

El recurso en consecuencia no puede prosperar.



b) Recurso de OSPEDYM y Swiss Medical SA contra la medida cautelar.

Respecto de OSPEDYM la cuestión ha devenido abstracta tanto por haberse consentido la sentencia.

En cuanto a los argumentos de Swiss Medical SA, al comienzo de los fundamentos de este voto se ha señalado la vigencia de las obligaciones de la ley 24.901 respecto de las empresas de medicina prepaga aún antes de la entrada en vigencia de la ley 26682 y cómo se hallaban cumplidos los requisitos de la ley 24.901 para que surgiera la obligación establecida en el art. 39 respecto de Swiss Medical por lo que se dan por reproducidos en mérito a la brevedad.

Dichos recursos en consecuencia tampoco pueden prosperar.

Sobre la primera cuestión voto entonces por la afirmativa.

Sobre la primera cuestión los Dres. Colotto y Staib adhieren al voto que antecede.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA MAS-TRASCUSA DIJO:**

VI. Las costas de Alzada deben ser impuestas a las recurrentes por resultar vencidas (art. 36 del C.P.C).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. Colotto y Staib adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta :

**SENTENCIA:**



Mendoza, 8 de febrero de 2013.

Y VISTOS:

El acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. Desestimar los recursos de apelación articulados a fs.310/314 por la demandada Swiss Medical contra la sentencia de fs.209/302, así como por los recursos de fs. 156/163 deducido por Swiss Medical y de fs. 164/166 deducido por O.S.D.E.P.Y M. contra la resolución cautelar de fs. 142/143.y en consecuencia confirmar ambas resoluciones.

II. Imponer las costas de Alzada a las recurrentes.

III. Regular los honorarios de los Dres. Eleonora Würschmidt, Natalia Cornú, Nicolás Ranieri, y Alejandro Nacevich por su intervención en el recurso de apelación de la medida precautoria en las sumas de \$1.600, \$336; \$1.120 y \$1.120 respectivamente y de los Dres. Natalia Cornú y Nicolás Ranieri por su intervención en el recurso de apelación contra la sentencia en las sumas de \$1.600 y \$1120, respectivamente (art. 15 LA).

Notifíquese y bajen.

Dra. Graciela Mastrascusa.

Dr. Gustavo Colotto

Dr. Alberto Staib

Dra. Roxana Alamo. Secretaria