

Responsabilidad De La Obra Social Interrupcion Del Tratamiento Menor Discapacitado

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad de la obra social. Interrupción del tratamiento. Menor discapacitado En el marco de un juicio ordinario, se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios intentada por el progenitor de un menor contra la empresa de medicina prepaga por la falta de prestación de los servicios durante el lapso que fue del año 2009 hasta la concesión de la medida cautelar. En Buenos Aires, a los 17 días del mes de mayo de dos mil dieciséis, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?T. D. K. C/ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS S/ORDINARIO?, Expediente N° COM 2930/2011, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Barreiro, Ojea Quintana y Tevez. Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 621/657? El Sr. Juez de Cámara Dr. Rafael F. Barreiro dice: I. Los hechos 1. K. T. D. promovió demanda por sí mediante la representación de su madre ALEJANDRA DEBORA TRIGO contra OSDE - ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS EMPRESARIOS- a fin de que: a) provea en forma urgente el tratamiento de rehabilitación requerido por la menor en su calidad de discapacitada y el servicio de enfermería a tiempo completo; b) prevea en su cartilla médica los prestadores de salud que la menor requiere; y c) se ampare el derecho a la vida, a la salud y a la integridad psicofísica. Explicó que era madre soltera de su hija E. de 12 años de edad quien padece de hidrocefalia congénita, síndrome de west y severo retraso madurativo y cognitivo, lo que la mantiene postrada y con necesidad de contar con ayuda permanente de terceros. Destacó que contaba con cobertura médica de la demandada mediante plan 210 de OSDE Binario. Dijo que el tratamiento de la menor era cubierto fuera de la cartilla en el Centro de Apoyo al discapacitado -CAD- pero que las deficiencias en el servicio hicieron que E. dejara de recibir su tratamiento. Adujo que desde junio del 2009 empezó a reclamar que se le presten los servicios mediante otro prestador, pero no existía ninguno que se adapte a la complejidad de la patología de la menor. Enfatizó en la importancia de que el equipo interdisciplinario que atienda a la menor haga un seguimiento médico-neurológico de su tratamiento y en la necesidad de que las prestaciones médicas puedan prestarse en un único lugar. Relató el intercambio epistolar habido con la demandada tras la intimación cursada el día 05/05/2010. De allí surgiría que: sólo le ofrecían servicio de enfermería por 8 hs. y que de los centros de rehabilitación dentro de la cartilla solo el FLENI se encontraba potencialmente capacitado para la atención de la menor. Transcribió las innumerables cartas documento remitidas por ambas partes. Afirmó que OSDE no podía cuestionar el tratamiento a seguir por la menor en tanto se contaba con indicación médica para el mismo tanto del Dr. Magdalena -galeno de confianza de K.- como de la Dra. Vaccarezza -proveedora de OSDE mediante NIBA-. Indicó que ante la falta de prestación de servicios tuvo que salir a la búsqueda de un centro integral, dando con el ?Centro Médico Internacional y Rehabilitación Rebiogral Dr. Roberto Quiñones Molina?. Recalcó que, iniciadas la tratativas con FLENI, se anotició que no se iba a hacer allí el tratamiento sino que se iba a evaluar -a lo largo de 4 semanas- algo que ya se había evaluado y daba resultados. Además, dijo que para concurrir a dicho centro la niña debía recorrer 84 kilómetros diarios durante más de 4 semanas poniendo en riesgo su vida. Denunció un incumplimiento al deber de información previsto en la ley de defensa del consumidor, al no haberse notificado en forma fehaciente la lista de prestadores médicos capacitados para atender a la patología de E. Requirió el dictado de una medida cautelar que obligue a la demandada a brindar el tratamiento requerido, teniendo en particular consideración la urgencia del mismo y la situación de desempleada de la Sra. Alejandra Trigo. Fundó en derecho su pretensión. 2. A fs. 124/176 las actrices modificaron su demanda. En esta oportunidad se modificó la personería y la Sra. Alejandra Debora Trigo otorgó mandato para actuar por sí y en representación de su hija menor de edad y discapacitada. Enumeró las siguientes pretensiones como objeto de la demanda: a) cumplimiento de contrato por prestación médica multidisciplinaria a ser brindada de por vida en el Instituto de Dr. Quiñones Molina y/u otro centro de prestación integral en un lugar cercano, o al pago de la suma de dinero estimada provisoriamente en la suma de \$ 19.076.074 en forma subsidiaria para el caso de negarse a la prestación médica requerida, o la suma que a criterio del tribunal sea suficiente para pagar a los prestadores médicos durante toda la vida de la discapacitada; b) pago del importe sustitutivo de la prestación médica no brindada hasta la demanda equivalente a la suma de \$ 397.418 -entendida también como obligación de entregar subsidio económico previsto en el art. 33 de la ley 24.901; c) prestación del servicio de enfermería profesional por tres turnos de ocho horas cada uno o al pago en dinero suficiente para brindar esta prestación médica. A continuación procedió a efectuar un minucioso relato de los hechos anteriores a la vinculación de Alejandra y K. con OSDE -el

embarazo, la decisión de tener a la niña, su vida en México y la vuelta de ambas a la Argentina-. Para ello se sirvió de la narrativa contenida en las páginas del libro escrito por la Sra. Alejandra Trigo titulado ?De espectador a protagonista?, publicado por la editorial Dunken en Buenos Aires en el año 2005. Explicó particularmente las complicaciones que debió afrontar a su llegada a la Argentina y mientras no contaba con una obra social que cubra las patologías de su hija. Destacó que ésta consume tres medicamentos como tratamiento base: Valium 5, Tegretol y Sabril, y acompañó fotografías de la aparatología de uso diario. En relación a la vinculación con OSDE relató que la cobertura a la Sra. Trigo y su hija comenzó cuando la primera se incorporó como empleada de la empresa Il Bronzo SA en diciembre de 2004. Contó que desde entonces ingresó como afiliada de OSDE binario. Indicó que pese a la renuncia presentada en enero de 2009 - retroactiva al 31/12/2008- tomó el recaudo expreso de continuar con el uso de la cobertura pagando sin solución de continuidad el costo mensual estipulado por la compañía en condición de afiliada ?particular?. Aclaró que se mantuvieron intactas las condiciones de la cobertura, debiendo prestar sus servicios médicos en carácter de obra social y no como prepaga, motivo por el cual se encontraba vedada de alegar preexistencia o plazo de carencia. Refirió a la documentación e historia clínica presentadas a la prestadora de servicios médicos en el año 2005 donde se describían las patologías de la niña. Definió y explicó las enfermedades que afectan a su hija - síndrome de west, hidrocefalia obstructiva, hipoplasia del nervio óptico bilateral, escoliosis dorsal dextroconvexa e hipotonía muscular- y los tratamientos indicados para cada una de ellas, así como también los tratamientos quirúrgicos de alta complejidad a los que debió someterse la menor en los años 98, 99 y 2002. Contó que entre los años 2002 y 2009 E. trabajó con una carga horaria de nueve horas semanales destinadas a las terapias impartidas en forma multidisciplinaria e interdisciplinaria en el CAD cuyo director era el neurólogo infantil, Dr. Magdalena. Afirmó que tras la desvinculación del mencionado profesional del centro médico, la calidad del servicio decayó obligándola a buscar una nueva institución que pudiera asistirla. Refirió a la obligación de contar con una institución multidisciplinaria cercana al domicilio del paciente y demás cargas derivadas de las previsiones de la ley 24.901 -arts. 11, 12, 15, 19, 26, 33 y 35-. Insistió en que hasta el año 2009 la demandada cubrió el tratamiento fuera de cartilla, y en que las carencias en su calidad y eficacia la forzaron a solicitar el servicio de otro prestador, pero OSDE se negó a cubrirlo. Transcribió nuevamente el intercambio epistolar habido. En punto al servicio de enfermería solicitado enumeró los múltiples reclamos realizados y los llamados realizados a OSDE. Planteó nuevamente que las prestaciones que iban a brindarse en el instituto FLENI se limitaban a una evaluación interdisciplinaria. Criticó asimismo la distancia entre dicho instituto -Escobar- y el domicilio de su hija discapacitada, por implicar un grave riesgo a su salud y su vida. Describió al centro médico del Dr. Quiñones Molina. Adujo que el hecho de no ser prestador de la demandada carecía de importancia en virtud de lo previsto en el art. 39 de la ley 24.901. Refirió a la normativa que consideraba aplicable al caso, a saber: Arts. 23, 33, 41, 42 y 75, inc. 22 CN; Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (Ley 26.378); Ley 23.660 de Obras Sociales; Ley 23.661 sobre el Sistema Nacional del Seguro de Salud; Ley 24.901 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad -en punto a esta última se explayó sobre las prestaciones básicas y complementarias previstas-. Detalló la proyección realizada de los gastos anuales por la expectativa de vida de la menor y estableció que en caso de negarse a la prestación del servicio médico debía condenársela al pago de la suma de \$ 19.076.074. Indicó que la pretensión monetaria concreta alcanza a \$ 397.418 representativa de las prestaciones no brindadas desde el año 2009. Planteó la violación a la ley de defensa del consumidor. Ofreció prueba. 3. A fs. 196/198 amplió por última vez la demanda incoada con la meta de incorporar la pretensión de daño moral contractual el cual estimó en un total de \$ 500.000 a la fecha de la presentación, y ofrecer otros medios de prueba. 4. OSDE se presentó a fs. 282/290, contestó demanda y solicitó su rechazo. En cumplimiento al imperativo procesal negó genérica y particularmente los hechos expuestos por la actora. Reconoció el carácter de beneficiaria de la obra social de la menor K. T. D. y admitió que era acreedora de las prestaciones que la normativa vigente le garantiza, pero negó que ello lo fuera en la forma en que arbitrariamente dispusiera su madre. Afirmó estar inscripta en el Registro Nacional de Obras Sociales y encontrarse bajo la órbita de la Superintendencia de Seguros de Salud conforme a las disposiciones de las leyes 23.660 y 23.661. Declaró ser también una asociación civil sin fines de lucro con el objeto de organizar servicios de asistencia de salud para sus afiliados. Indicó que todos los afiliados a OSDE sean estos obligatorios o adherentes contaban con las mismas obligaciones y derechos y recibían de ésta los mismos servicios. Dijo no desconocer sus obligaciones sino criticar el modo en que la Sra. Trigo pretendía que las patologías de su hija fueran cubiertas. Sostuvo que la actora debía elegir a un prestador integrante de la cartilla médica puesta a disposición de los afiliados y que no se había acreditado que los institutos asistenciales registrados en la cartilla resultaran ineficientes o incapaces de atender convenientemente a la menor. Planteó que si bien no desconocía lo dispuesto en el art. 39 relativo a la obligación de cubrir los honorarios de un profesional ajeno al listado de prestadores, ello debía ser imprescindible y no una simple elección arbitraria del beneficiario. Negó la existencia de reclamos previos al mes de febrero de 2010. Rechazó los montos requeridos por la actora en tanto no se encuadrarían dentro del Nomenclador de Prestaciones Básicas a Favor de las Personas

con Discapacidad. Indicó que el tratamiento de rehabilitación propuesto encuadraría en el módulo integral intensivo previsto en la norma cuyo valor asciende a \$ 402.56 semanales, lo cual totalizaría \$ 19.322,80 anuales y no los \$ 90.000 que la actora presupuestó.

Criticó la pretensión de la accionante de solicitar el reconocimiento de la terapia asistida con perros por no encontrarse reconocida por la autoridad de aplicación por falta de efectividad comprobada. En torno al dinero solicitado para solventar los gastos de pañales, toallitas descartables, medicamentos, silla de ruedas, valvas y el bipedestador, adujo que jamás se le negó cobertura por esas prestaciones. Adujo que no se encontraba justificado el pedido de enfermería en tanto si bien se solicitaba asistencia, no era necesario que el auxilio sea prestado mediante un profesional formado en el arte de curar. Ofreció prueba y fundó en derecho.

II. La sentencia de grado. A fs. 621/657 emitió su pronunciamiento el magistrado de grado haciendo lugar a la demanda instaurada por la suma de \$ 722.948 en concepto de daño moral y material-v. aclaratoria a fs. 662/663- con más sus intereses y costas. Para así decidir el a quo consideró que: a) no existía duda sobre el carácter de beneficiaria de la obra social de la menor; b) el acuerdo transaccional debidamente homologado puso fin a la cuestión vinculada a las prestaciones médicas y el servicio de enfermería; c) existían numerosas leyes y convenciones relativas al derecho a la salud y a las obligaciones de las obras sociales; d) no se desvirtuó que hasta el año 2009 la niña había sido atendida en el CAD que no formaba parte de la cartilla de OSDE por lo que su reticencia a cubrir el tratamiento en el Centro Medico del Dr. Quiñones Molina constituyó un incumplimiento contractual susceptible de generar daños pasibles de reparación, en tanto implicó un incumplimiento de lo normado por el art. 39 inc. a) de la Ley 24.901; e) correspondía otorgar la indemnización requerida en concepto de daño moral por las gravosas consecuencias derivadas de las dilaciones incurridas por OSDE; f) cabía hacer lugar al reclamo por daño material tanto como medio de hacer frente a las prestaciones no brindadas como en carácter de subsidio económico en los términos del art. 33 de la Ley 24.901; f) conforme a lo establecido en el nomenclador de prestaciones básicas actualizado mediante resolución del Ministerio de Salud n° 1685/2012 más el salario mínimo vital y móvil de un enfermero este rubro procedía por la suma de \$ 222.948 más intereses.

III. Las quejas. 1. La parte demandada apeló la sentencia a fs. 669 y expresó agravios a fs. 777/781, lo cuales fueron contestados por la actora a fs. 786/800. Sus quejas pueden sintetizarse en las siguientes: a) que el magistrado haya juzgado la existencia de responsabilidad de la obra social en tanto jamás se negó la cobertura y no se acreditó que los centros propuestos no fueran aptos para las necesidades de la menor; b) que tampoco puede tomarse al acuerdo como una admisión de los hechos o el derecho invocados; c) la indemnización otorgada en concepto de daño moral en tanto no correspondió su otorgamiento por inexistencia de obrar antijurídico y cuyo monto calificó de exorbitante; y d) la condena a resarcir el daño material pese a no haberse acreditado ninguna erogación.

2. Por su parte el Defensor Oficial de Menor e Incapaces ante la Cámara mantuvo el recurso de apelación interpuesto y se agravio del monto concedido en concepto de daño material por resultar insuficiente -v. fs. 805/8-.

IV. La Solución. 1. La cuestión a decidir radica principalmente en si cabe imputar o no responsabilidad a OSDE por la falta de prestación de los servicios durante el lapso que fue del año 2009 hasta la concesión de la medida cautelar. Sobre este punto manifestó el demandado que no hubo una negativa a cubrir el tratamiento de rehabilitación sino una discordancia en cuanto a la forma que esa cobertura debía adoptar. Adujo que la accionante omitió acreditar la incapacidad de los centros de la cartilla para hacer frente al tratamiento requerido. Asimismo planteó que no podía tenerse al acuerdo transaccional como un reconocimiento de los hechos o el derecho aplicable, en tanto tal proceder implicaría omitir la naturaleza de este tipo de acuerdos. Asiste razón a la demandada en tanto asevera no haber negado la procedencia y necesidad del tratamiento. Sin perjuicio de ello deberá evaluarse si su proceder -al negar la cobertura en el centro del Dr. Quiñones Molina e insistir con la asistencia mediante un centro de su cartilla- resultó o no justificado y acorde a derecho.

2. Recuérdese en este punto lo dispuesto en los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional (conforme lo previsto en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), los cuales sirvieron de fundamento a la CSJN para reafirmar el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- (v. Fallos: 321:1684) y el "interés superior..." de un menor cuya tutela eleva al rango de principio la Convención sobre los Derechos del Niño (v. en este sentido Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854, 2021; 2388; 3229; 324:122, 908, 1672). El Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad. Es bajo esta óptica que debe interpretarse la legislación aplicable al caso, en particular la ley 24.901 arts. 6 y 39 inc. a).

3. Es sabido que la ley 24.901 establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, e impone a las obras sociales la cobertura total de tales servicios a sus afiliados, los cuales se encuentran contemplados de forma meramente enunciativa en los capítulos V y VII de la ley. En cuanto al modo de otorgar las prestaciones previstas por la norma, que resultan de importancia en el caso, el artículo 6° impone el principio que debe regir en la materia y dispone que "los entes obligados por la presente ley brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados?". Sin perjuicio de ello, tal principio encuentra su excepción en lo normado por el art. 39 que al referirse a las prestaciones complementarias determina 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 la presente ley (...)? En estas condiciones la prestación de los servicios previstos en la norma a favor de la persona discapacitada debería darse, en principio mediante alguno de los profesionales incorporados en la cartilla médica de la obra social, con excepción de aquellos casos en que las características específicas de la patología tornen imprescindible la prestación de dichos servicios mediante especialistas ajenos a su cuerpo de profesionales.

4. Si bien es cierto que la demandada no negó la prestación de los servicios médicos obligatorios previstos en la ley 24.901 sino que remitió a su propia cartilla de prestadores, y que tal proceder se encuentra amparado por lo dispuesto en el art. 6 de la ley 24.901; también lo es que la aptitud de los centros médicos de la cartilla fue cuestionada por el accionante por no poder brindar en forma integral los servicios requeridos por la patología que aqueja a la menor, y que tal circunstancia tornaría aplicable la solución establecida en el art. 39, inc a) de la misma norma. Tal como referí anteriormente, la demandada pretendió escudar su responsabilidad en la falta de acreditación por parte de las accionantes de la inaptitud de los centros para hacer frente a las prestaciones exigidas. Sin embargo, la accionada también omitió la prueba de su idoneidad y se limitó a alegar que se encontraban aptos y en cartilla. Es sabido que las modernas tendencias probatorias han aceptado, como línea de principio, que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor probationis o la ?Teoría de las cargas dinámicas? se inclina -más allá de todo elemento presuncional- por poner la carga de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas -estáticas- en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada causa (v. Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, ?Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas?, ED. 107-1005), doctrina que puede entenderse asumida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de ?valorar la conducta asumida por las partes en el proceso? (Fallos 311:73) y ?que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal? (C.S.J.N., ?Gallis de Mazzucci, Luisa c/ Correa, Miguel y otro? del 6.2.2001, LL 2001-C, 959). Debe resaltarse, por otro lado, que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración), por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendientes en el proceso, y que les previene asimismo del deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional (esta Sala, 11.08.2011, ?Mancinelli Juan Carlos c/Siemens IT Solutions and Services S.A. s/ ord?).

5. En estas condiciones, OSDE contaba con mayores facilidades para demostrar que su negativa a responder por el tratamiento en el Centro de Rehabilitación Integral a cargo del Dr. Roberto Quiñones Molina era fundada y que los reclamos de la actora respondían simplemente a una aspiración injustificada. En la apreciación de la distribución de la carga probatoria deben ponderarse muy especialmente la disposición del párrafo tercero del art. 53 de la ley 24.240 (texto según la modificación inserta por la ley 26.361), que impone a los proveedores el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Es así que la postura defensiva debe rechazarse de plano. De hecho de la lectura de las constancias agregadas a la causa se desprende no sólo la buena voluntad y predisposición de la accionante para obtener un tratamiento dentro de los prestadores contratados por la obra social, sino también que su oposición a concurrir a esos centros se encontraba razonablemente fundada. Véase en este punto que:

a) De las CD intercambiadas entre las partes surge patente la intención de la Sra. Trigo de atender a su hija mediante un centro de rehabilitación integral dentro de la cartilla de la demandada (v. fs. 39, 41, 45). Al respecto se puede ver que en la CD del 05/05/2010 se solicita con carácter urgente la remisión de un listado de centros asistenciales de rehabilitación integral para proceder a elegir uno donde realizar las terapias recomendadas por el neurólogo de la menor, y que tras ciertos inconvenientes -que serán relatados a continuación- se volvió a intimar mediante misiva del 18/08/2010 la puesta a disposición de un centro asistencial.

b) El requerimiento de un centro de rehabilitación integral respondía a las recomendaciones médicas del Dr. Magdalena -neurólogo de cabecera de la niña- y de la Dra. María Vaccarezza -Neuróloga Infantil M. N. ... del NIBA, prestador de OSDE-. Ésta última informó el día 17/08/2010 el tratamiento sugerido para la menor y destacó que ?Dicho tratamiento debe realizarse en forma intensiva y prolongada idealmente en centro terapéutico que trabaje en forma interdisciplinaria? -v. sobre de documentación original n° 057.606-, en concordancia con la evaluación neurológica acompañada a fs. 84.

c) La demandada solamente contaba con cuatro centros supuestamente aptos para la realización de las terapias, a saber: Fleni Escobar, CIAREC, GEBEN e INEBA (v. fs. 90).

d) El rechazo de la accionante a realizar el tratamiento en los centros informados se explicó en las misivas de fs. 89 y 85 -esta última fundada en los correos electrónicos agregados en copia a fs. 51/57-, donde se plasmó que: INEBA no atendía infantes; CIAREC

sólo ofrecía kinesiología y no un tratamiento integral; GEBEN atendía a partir del plan 410 y carecían de ciertas prestaciones necesarias; y FLENI que en principio resultaba apto para la atención de la niña informó que allí solo realizaban el diagnóstico de la menor discapacitada, derivando su tratamiento en otros profesionales externos. Así las cosas, estimo que el accionar desplegado por la Sra. Trigo estuvo lejos de resultar caprichoso y se fundó cabalmente en las recomendaciones médicas y averiguaciones que de ningún modo fueron desvirtuados por OSDE. La decisión de la madre fue, pues, congruente y razonable; ajustándose a las garantías constitucionales y comerciales con rango supralegal en cuanto tutelan la dignidad de la persona humana y aseguren un estándar vital inviolable, determinando un límite mínimo que no puede ser conculcado. En este punto debo destacar que, a diferencia de lo postulado por la demandada, no resultaba necesario acreditar que el Centro de Rehabilitación Integral a cargo del Dr. Quiñones Molina era el único en el país capaz de brindar el tratamiento requerido por la patología de la menor, sino que se debía probar -tal como se hizo- que los prestadores de la demandada no eran aptos y éste último sí lo era. 5. Por último, particular importancia cobran en el presente la anterior conducta desplegada por el accionado quien reconoció que desde su afiliación y hasta el año 2009 cubrió el tratamiento de la niña en el CAD, es decir, un prestador ajeno a su cartilla. Por ello, aceptar la interpretación que trae la recurrente implicaría ir contra la doctrina de los propios actos, ya que una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos observando tal pauta, es la exigencia de un comportamiento coherente (CNCom, Sala A, ?Copes, Juan Carlos c. Codic Productores SRL?, del 24.11.80 y sus citas). Este imperativo de conducta significa que, cuando una persona dentro de una relación jurídica ha suscitado en otra con su proceder una confianza fundada, conforme a tal principio en una determinada actuación futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza despertada y es inadmisibles todo comportamiento incompatible con ella (cfr. Luis Diez de Picasso Ponce de León, ?La doctrina de los propios actos?, ed., Bosch, Barcelona, pág. 42). Así las cosas, en situaciones como la presente, cuando existieron fundadas causas para desestimar a los prestadores dentro de la cartilla corresponde responsabilizar a la obra social por su negativa antijurídica -así procede calificarla en razón de los fundamentos precedentes- a responder por el tratamiento de la menor de conformidad con las pautas previstas en la Ley. 24.901 art. 39, inc. a). Ello, toda vez que la incidencia del mayor costo que tal proceder pudiera pesar sobre la entidad privada no puede primar sobre el derecho a la salud que tiene supremacía constitucional desde la inclusión de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22). Pretender excusarse en esa argumentación implicaría, por una parte, eliminar el riesgo empresario y, por otra, conferir prevalencia a valores sociales que, aunque también protegidos, tienen una incidencia menor frente al derecho a la salud y la vida digna. Y ello, en justicia, no puede tolerarse. Es que la empresa demandada no podía desconocer la gravedad de las patologías de la menor, el tratamiento por ella exigido y la incapacidad de los centros de la cartilla para hacer frente a su tratamiento, por lo cual cabe juzgar que incumplió su obligación de brindar cobertura a su afiliada en tanto existe una obligación legal y constitucional que pesa sobre ella, de prestar asistencia integral al menor discapacitado. 6. Finalmente, considero que deviene inoficioso pronunciarse en punto a la interpretación o fuerza probatoria otorgada por el a quo al acuerdo transaccional de fs. 364/367. Recuérdese aquí que debe señalarse que los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, Fallos 272:225; 274:113; 276:132; 200:320). En virtud de lo expuesto, la queja en cuestión será rechazada. 7. A continuación se quejó el demandado de la indemnización otorgada en concepto de daño moral. Sobre este punto se limitó a afirmar que la suma reconocida resultaba exorbitante e infundada por carecer de elementos probatorios que le permitan tener certeza de su incumplimiento. La queja en cuestión carece totalmente de una estructura que permita revertir lo decidido por el a quo. Es que no se plasmaron argumentos distintos a los evaluados en los puntos precedentes, y la única queja concreta en este punto resulta ser la exorbitancia de los montos concedidos. Recuérdese que ha sido reiteradamente juzgado que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. (conf. CNCom., Sala B, "Katsikaris A. c/La Inmobiliaria Cía. de Seguros, s/ord.", 12/08/86). No se reduce al pretium doloris, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales (conf. CNCom, Sala B, ?Galán Teresa c/Transportes Automotores Riachuelo SA s/sumario?, 16/03/99). Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado ?modificaciones disvaliosas del espíritu? (Pizarro, Daniel, Reflexiones en torno al daño moral y su reparación, JA del 17/09/86, pág. 6 y doctrina allí citada). Tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que el agravio moral debe ser entendido aquí en su doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como reparación a quienes padecieran las aflictivas consecuencias de dicho proceder (conf. esta Sala, 06/05/10, voto del Dr. Ojea Quintana en autos ?González Ricardo Adrián c/CTI PCS SA s/ordinario?; íd., 04/05/10, voto del Dr. Ojea Quintana en autos ?Cantero Delia Noemí c/Berkley Internacional Seguros SA s/ordinario?; íd., 27/04/10, mi voto in re ?Lucchini Hernán Ricardo c/Banco de La Nación Argentina y otro s/ordinario?; íd.,

22/04/10, mi voto en la causa ?Farenga Juan Antonio y otro c/Banco Río de la Plata SA s/sumarísimo?; íd., Sala C, ?López Carlos c/Banco Roca Coop. Ltda. s/ord.?, 12/10/94; íd., ?Rodrigo Juan Carlos y otros c/Esso S.A.P.S.A. s/ord.?, 23/03/99, id, ?Porcel Roberto José c/Viajes Futuro, SRL s/sum? 28/03/03, íd., ?Albin Gabriel F. y otro c/Club Vacacional SA -Rincón Club- y otros s/ord.?, 20/04/07). El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, La reforma del 1968 al Código Civil, p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). Sin embargo esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (conf. CNCom, Sala C, ?Girogetti Hector R. y otro c/Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s/ord?, 30/06/93; íd., ?Mirk Olga Beatriz c/Caja de Seguros SA s/ord.?, 29/05/07). Es perceptible el daño padecido por la demandante en tanto vio interrumpido el tratamiento requerido por la niña discapacitada que padece de hidrocefalia congénita obstructiva del acueducto de Silvio, síndrome de west y severo retraso madurativo y cognitivo, debiendo su madre hacerse cargo de auxiliarla en la medida de sus posibilidades. Tal frustránea situación sin lugar a duda trajo aparejados sinsabor, ansiedad y molestias que trascendieron la normal adversidad que las actoras deben afrontar en su vida cotidiana. Es de ponderar que no se puede merituar la conducta del accionado con los mismos parámetros aplicables a un neófito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un estándar de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar, que el CCiv: 954 admite una nueva lectura, en relación al consumidor; la inexperiencia es la ineptitud negocial, la falta de habitualidad en el intercambio y, la ligereza -antes contemplada como misteriosa o inadecuada- surge nítida en la sociedad actual. Cuando la asimetría aparece en una relación jurídica de manera tan nítida como en este caso, cualesquiera que fueren sus causas de interpretación del orden jurídico debe establecer el equilibrio alterado y protegen a quien se encuentra en posición de vulnerabilidad. El legítimo interés lucrativo debe ceder -por razones de evidente solidaridad con el débil. Frente a las concretas necesidades insatisfechas que tienen un contenido superior: la salud y la vida. Y la aplicación de la normativa que protege los derechos de los consumidores y usuarios no puede soslayarse en atención a lo que dispone el art. 65 de la ley 24.240. En virtud de todo lo expuesto, la queja en examen será desestimada. Consecuentemente, corresponde confirmar la sentencia de primera en tanto concedió la indemnización de \$ 500.000 reclamada por las accionantes con más sus intereses. 8. Por último cabe evaluar la procedencia de la indemnización impuesta en concepto de daño material. El magistrado de grado hizo lugar al reclamo por daño material en tanto estimó que el mismo encuadraba en el concepto amplio -admitido por aplicación del art. 33 de la Ley 24.901-. Juzgó que la falta de prestación de los servicios médicos por la obra social importó una restricción a las capacidades de la madre para procurar tanto su sustento como el de la menor, forzándola a destinar su tiempo al cuidado de E. Determinó que el daño padecido se encontraba objetivado en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. OSDE criticó la admisión de este rubro en tanto, a su entender, no se había acreditado la realización de ningún desembolso-tanto por la prestación médica como la de enfermería-. Indicó que el daño material se encontraba ligado a los gastos que le habría irrogado a la accionante la realización del tratamiento, y que toda vez que éste no se realizó, el daño nunca existió. Tampoco se habrían acreditado las supuestas erogaciones por las prestaciones de enfermería. Sobre esta última prestación planteó que se trataba de una necesidad social y no médica, que debía ser satisfecha mediante la contratación de un cuidador -conforme lo previsto por el art. 2 de la Ley 26.844 de Servicio Doméstico- y que no estaba a cargo de la obra social. 9. En primer término estimo que la falta de prueba de cada desembolso específico no se impone como un impedimento para concesión del rubro en cuestión. Es principio en la materia, que la procedencia del reclamo resarcitorio exige, inexcusablemente, la constatación de existencia del daño resarcible; que en la consideración metódica constituye el primer elemento de la responsabilidad civil, puesto que el problema sólo comienza a plantearse cuando existe un daño (cfr. Orgaz, A. El daño resarcible, M. Lerner, 1980, pág. 13 y sig.). La prueba del daño resulta esencial para la admisión judicial de la indemnización, pues debe siempre probarse la realidad del perjuicio. Como principio, el daño no se presume, incumbiendo su prueba a quien invoca la condición de damnificado. Está a su cargo la demostración del perjuicio, que debe ser cierto y no eventual o hipotético; siendo insuficiente la mera afirmación de existencia del daño, o la posibilidad de su existencia. Consecuentemente el daño no se presume, incumbiendo su prueba a quien invoca la condición de damnificado, con la adaptación que corresponde cuando se celebra una relación de consumo. Ahora bien, los principios enunciados se refieren a la concreta determinación de la existencia del daño más no a su cuantía la cual puede no resultar exacta, dejando esa facultad librada a la prudente estimación judicial (cfr. Cpr. 165). El daño material -a diferencia de lo apuntado por el recurrente- no se encuentra únicamente ligado a los desembolsos realizados, sino al daño efectivamente padecido como consecuencia del incumplimiento -a diferencia del lucro cesante que serían las ganancias o utilidades dejadas de percibir por el mismo motivo-. Quien no cumple con su obligación, o la cumple mal o a destiempo, debe indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le haya ocasionado la inejecución (conf. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil: Obligaciones, T. I, p. 150, La Ley, Bs. As., 2008). En estas

condiciones, el argumento expuesto por la demandada es vicioso: se pretende la exoneración de la responsabilidad con base en el propio incumplimiento. Véase, entonces, que el concepto de daño material a estudio se refiere a las sumas requeridas por la parte como ?importe sustitutivo de la prestación médica no brindada? -v. escrito de ampliación de demanda de fs. 124/176-, por lo cual resultaría exento de toda lógica exigir la prueba de los desembolsos realizados por dichas prestaciones médicas. Por último en cuanto hace a la prestación de enfermería, la falta de prueba de las erogaciones realizadas no se impone como obstáculo a su procedencia. Es que la aplicación de una pauta de razonabilidad impone admitir su viabilidad. Aplicar la distinción propiciada por el demandado significaría violar la exigencia de la reparación integral impuesta por nuestra legislación. En punto al enriquecimiento indebido, recuérdese que en su memorial OSDE planteó su inexistencia y alegó que no pretendió ahorrarse los gastos del tratamiento ya que puso a disposición los centros de atención que eran parte de su cartilla. En este punto, debo aclarar que, si bien es cierto que OSDE ofreció centros de su cartilla para la atención de E. y que ello igualmente implicaba un costo a su parte, también lo es que tales prestadores resultaban incompetentes para llevar a cabo en forma integral el tratamiento exigido por la patología de la menor, por lo que su negativa a cubrir implicó un incumplimiento antijurídico de las obligaciones a su cargo que debe ser subsanado judicialmente.

10. Criticó, también la accionada, la invocación del art. 33 de la ley 24.901 hecho por el a quo en tanto la ayuda económica allí prevista no habría sido solicitada por la actora, y su procedencia no habría sido probada. Planteó que no se había demostrado que la accionante haya tenido que dejar de trabajar para hacerse cargo de su hija.

11. Resulta falsa la afirmación del demandado en torno a la aplicación sin pedido de parte del subsidio económico previsto en el art. 33 de la ley 24.901. Es que una correcta lectura del escrito de demanda da cuenta de su invocación por parte de la actora tanto al momento de expresar las pretensiones esgrimidas como en su ?Petitorio?. Las restantes quejas del apelante en este punto resultan ser una mera discordancia respecto de la interpretación hecha por el a quo de la prueba agregada a la causa en relación al estado patrimonial de la Sra. Trigo. Tal como referí anteriormente, los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, Fallos 272:225; 274:113; 276:132; 200:320). Es que la ley no prefija ni la admisibilidad ni la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba, labor que queda decididamente librada al criterio y convicción de cada magistrado (ST San Luis, 1996/09/03, L.R. y otro, DJ 1997-2-617). El juez debe valorar o apreciar esas pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso (Devis Echandia, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Universidad, Bs. As., 1984, p. 208). Estimo razonable y fundada la interpretación de la prueba documental hecha por el anterior sentenciante. Es que más allá de la razonabilidad y coherencia de las explicaciones brindadas por la accionante en relación a su falta de trabajo para la dedicación de su tiempo al exclusivo cuidado de su hija -la cual encuentra respaldo tanto en la gravedad de la patología como en diversas constancias agregadas a la causa- la presunción del magistrado no fue desvirtuada mediante prueba alguna acompañada por la demandada. El simple hecho de la declaración de la causa como de puro derecho y la no producción de otros medios de prueba distintos de la documental no restan a esta última valor probatorio, máxime cuando ninguna constancia ha agregado la recurrente que permita dudar de su veracidad. Recuérdase que sobre el particular esta Alzada ha sostenido en reiteradas oportunidades que la irrestricta negativa de la demandada sobre los extremos en que se funda la demanda puede presentarse como un proceder contrario a la regla de la buena fe, según la cual es dable exigir frente a afirmaciones concretas del actor al menos una explicación fundada (CNCom, Sala D, 26/08/1999, ?Palermo Autopartes SRL c/Julián Álvarez Automotores SA s/ordinario?); pues no es suficiente como principio una cómoda negativa que comúnmente sólo tiende a poner a cargo de la contraparte la prueba de los extremos que por un elemental deber de lealtad en el proceso, corresponde sean inicialmente propuestos por las partes con claridad y veracidad. Es que la correcta interpretación del cpr. 356, en lo que hace a la forma de contestación de la acción, debe contener necesariamente la posición de la parte respecto a cada una de las afirmaciones. La mera negativa de los hechos con el propósito de provocar de esa manera la carga probatoria de la contraria, importa la transgresión de un elemental principio de buena fe procesal, pero lo que es aún peor, de falta de colaboración que se concreta en no expresar al tribunal a través de formas positivas, cuáles han sido las reales circunstancias, a fin de que la litis pueda tratarse sobre pautas de verdad que posibiliten una sentencia justa. Y en la medida que ello no se cumpla, deberá aplicarse en la sentencia las consecuencias de la admisión procesal que prevé la citada norma instrumental (CNCom, Sala B, ?López Arean Héctor c/ Alberto J. Armando SA?, 05/07/1974). Ello así, no resulta suficiente la mera negativa de la demandada para tener por invalidadas las constancias acompañadas por la actora.

12. A continuación, insistió la obra social en la imposibilidad de utilizar el acuerdo transaccional para tener por reconocidos hechos o derechos a favor de la actora. No resulta atinado afirmar aquí que el a quo haya hecho uso del acuerdo transaccional para tener por reconocidos hechos y derechos en contravención con su naturaleza -en que las partes ceden en sus posiciones para llegar a un acuerdo-. La principal referencia al acuerdo transaccional y a las convenciones hechas por las partes tuvo por única finalidad la

de establecer un parámetro objetivo para la cuantificación del daño material, lo cual resulta acorde a la facultad otorgada por el cpr. 165. En el supuesto del cpr: 165 in fine, lo que el derecho dispone -y, antes, lo que la razón impone- es que la persona probadamente dañada, pero afectada por un daño de monto no comprobable, reciba alguna indemnización, de modo que exista alguna reparación a su daño y aunque ella no se corresponda exactamente con la cuantía -ignorada y no cognoscible- de ese daño; incluso, y por lo expuesto, será sencillamente imposible determinar si la indemnización se corresponde o no con la cuantía del daño.

En tal situación, el órgano jurisdiccional a quien compete la realización de tan dificultosa y delicada tarea, solo debe cuidar y evitar, incurrir en el extremo del exceso -de modo de apartar la posibilidad de que la indemnización constituya un rédito o ganancia para el sujeto dañado- y en el extremo del defecto -de modo de no establecer una indemnización irrisoria, que desnaturalice el sentido y alcance de la reparación debida al daño por el sujeto responsable por tal daño-. Entre ambos extremos, el órgano jurisdiccional ha de actuar sobre la base de una prudente discrecionalidad (CNCom, Sala D, 22.03.2001, ?Labonia Alejandro Fabián c/ Banco Río de la Plata SA, s/ ordinario?; esta Sala, 31.10.2013, ?Rivolta Miguel Angel, c/ BBVA BANCO FRANCES SA, s/ ordinario?; íd., 03-05-2016 ?IARPLAS SA C/ PLASTIFERRO TUBOS SA, S/ ORDINARIO?). 13. En cuanto al monto de la indemnización y al lapso por el cual debió otorgarse el defensor oficial solicitó la elevación del monto otorgado en concepto de daño material, mientras que el demandado criticó la extensión otorgada al rubro en tanto se lo concedió entre los meses de mayo de 2010 y mayo de 2011 cuando la medida cautelar fue concedida en febrero del 2011. En base a los parámetros expuestos en el considerando precedente, siendo que la indemnización fue fijada de acuerdo a lo previsto en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad al que remite la reglamentación del art. 33 de la Ley 24.901 y al que acudieron las propias partes al firmar el acuerdo de fs. 364/367, no existiendo queja de la propia actora, ni mediando argumento concreto y contundente que permita apartarse de los montos allí previstos, estimo que la queja en cuestión debe ser desestimada. En cuanto al lapso durante el cual dicha prestación será calculada, corresponde confirmar lo decidido por el a quo en tanto la fecha de concesión de la medida cautelar resulta indiferente, siendo que las prestaciones médicas no se brindaron desde ese momento sino recién a la fecha establecida por el sentenciante de grado en su decisorio. 14. En atención al modo en que ha sido resuelta la cuestión, las costas de ambas instancias serán soportadas por OSDE. Es que, la condena en costas al vencido, constituye un resarcimiento que la ley conforme la prescripción contenida en el cpr. 68, reconoce al vencedor para sanear su patrimonio de los perjuicios que le ocasione el pleito. La misma debe ser entendida como reparación de los gastos razonables y justos, generados durante el devenir del proceso para accionar o para defenderse. Por tanto, el vencimiento lleva consigo tal condena principio éste resultante de la aplicación de una directriz axiológica de sustancia procesal, en cuya virtualidad debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso se convierta en daño (CNCom, Sala B, 28/3/89, ?San Sebastián c/ Lande, Aron?); es decir, es una institución determinada por el supremo interés que el derecho cuyo reconocimiento debe transitar por los carriles del proceso, salga incólume de la discusión judicial (CNCom, Sala B, 12/10/89, ?De la Cruz Gutiérrez, Graciela María, c/ Círculo de Inversores SA?; esta Sala, 11/10/11, ?Koldobsky Liliana Estela c/ Koldobsky Carlos David s/ ordinario?; íd., 10/07/12, ?Galli, Horacio Alberto c/ Euroderm SRL, s/ ordinario?, íd., 25/10/12, ?Massa José Luis y Otro c/Standard Bank Argentina SA s/Amparo?, íd., 14/03/2013, "Mielke Daniel Alberto c/Grove Felipe Rolando y otro s/ordinario"). V. Conclusión: En virtud de lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: a) rechazar la totalidad de los agravios vertidos por la demandada y el defensor oficial en sus memoriales; b) confirmar la sentencia de fs. 621/657; c) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68). Así voto. Por análogas razones los doctores Juan Manuel Ojea Quintana y Alejandra N. Tevez adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores:

Rafael F. Barreiro Juan Manuel Ojea Quintana Alejandra N. Tevez María Florencia Estevarena Secretaria
Buenos Aires, 17 de mayo de 2016. Y Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) rechazar la totalidad de los agravios vertidos por la demandada y el defensor oficial en sus memoriales; b) confirmar la sentencia de fs. 621/657; c) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arg. art. cpr. 68). II. Notifíquese al domicilio electrónico, o en su caso, en los términos del art. 133 C.P.C.C. (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1° y n° 3/2015) y a la Defensoría de Menores e Incapaces de Cámara. Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. CSJN n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15). III. Cumplido lo ordenado en el punto anterior, pasen los autos a considerar las regulaciones de honorarios que correspondan. Rafael F. Barreiro Juan Manuel Ojea Quintana Alejandra N. Tevez María Florencia Estevarena Secretaria 007904E