

Amparo De Salud Menor Con Discapacidad Responsabilidad De Las Obras Sociales Ley 24901 Cobertura De La Escolaridad Condena Futura

JURISPRUDENCIA

Amparo de salud. Menor con discapacidad. Responsabilidad de las

obras sociales. Ley 24901. Cobertura de la escolaridad. Condena futura Se revoca parcialmente la sentencia apelada en cuanto ordenó a una obra social a brindar la cobertura integral de la escolaridad de un menor discapacitado en una escuela determinada, al concluirse que no se había aportado a la causa indicación médica alguna que hiciera referencia a la conveniencia y necesidad de la concurrencia a dicha institución (y no a otra); se apreció que se había solicitado la prestación de escolaridad (por medio del presente amparo) un tiempo después del ingreso del menor a la institución, y no se había intentado demostrar la inexistencia de oferta educacional estatal adecuada. Buenos Aires, 13 de julio de 2018. Y VISTO: Los recursos de apelación interpuestos por: a) la demandada a fs. 249/261 -el que fue respondido por la parte actora a fs. 274/279, argumentos a los que adhirió el Sr. Defensor Oficial a fs. 293/296-; b) el Ministerio Público de la Defensa a fs. 293/296 -el que fue contestado por la accionada a fs. 304/305- contra la resolución de fs. 244/248 y c) los amparistas a fs. 285 -cuya contestación de la contraria luce a fs. 287/289- contra la resolución de fs. 273; y CONSIDERANDO: 1. Los actores iniciaron la presente acción -en representación de su hijo menor de edad-, con medida cautelar, con el fin de que la demandada le otorgue a aquél la cobertura total e integral de las prestaciones detalladas en el punto II.OBJETO del escrito inicial; todo ello, conforme prescripciones médicas acompañadas a la causa a los efectos de tratar su patología discapacitante (cfr. fs. 35/50). En el pronunciamiento que obra en fs. 104/105, el señor juez decidió hacer lugar parcialmente a la medida precautoria solicitada. En fs. 109, se decidió ampliar la medida cautelar decretada y se ordenó a la accionada cubrir las prestaciones de: terapia psicológica de orientación a los padres; acompañante terapéutico, de lunes a viernes, 4 horas diarias, a un costo de \$ 361,89 la hora, conforme nomenclador de prestaciones básicas para personas con discapacidad, y consultas y evaluaciones periódicas. Ello fue apelado por la demandada y confirmado por el Tribunal a fs. 207/210. En fs. 153 se decidió no abrir la causa a prueba. En fs. 180/181 se presentaron órdenes médicas actualizadas (cfr. fs. 166/176), por lo que se decidió ampliar la medida cautelar dictada en autos, ordenando a la accionada brindar la cobertura integral conforme las órdenes médicas acompañadas para el año 2017 (cfr. fs. 240). Consta en las actuaciones: a) prescripciones médicas de fs. 4/12, 121, 166/176 y 307/315 y b) dictámenes del Ministerio Público de la Defensa y del Sr. Fiscal que lucen a fs. 154 y 156/162 -respectivamente-. El magistrado se pronunció sobre el fondo de la cuestión admitiendo parcialmente la demanda, condenando a OSDE a brindar la cobertura integral -con los profesionales que lo asisten- de las prestaciones de: 1) escuela integradora, con experiencia en discapacidad y gabinete pedagógico de poca población por grado y su rematriculación en la Escuela Comunitaria Arlene Fern; 2) apoyo a la integración escolar durante el ciclo a un costo de \$ 12.690 mensual; 3) fonoaudiología, modalidad neurolingüística, 5 sesiones semanales, a un costo de \$ 579,02 por sesión; 4) terapia individual psicológica, 3 sesiones semanales, a un costo de \$290 por sesión; 5) psicopedagogía, 4 sesiones semanales, a un costo de \$ 579,02 por sesión; 6) terapia ocupacional, 5 sesiones semanales, a un costo de \$ 579,02 por sesión; 7) transporte escolar y a terapias, ida y vuelta; 8) consultas psicológicas orientación a padres, 1 vez por semana, a un costo de \$ 500 la sesión; 9) consultas médicas neurológicas y/o evaluaciones periódicas; 10) acompañante terapéutico, de lunes a viernes, 4 horas diarias, a un costo de \$ 289,51 la hora y 11) cualquier evaluación y/o terapia y/o tratamiento y/o prestaciones que su equipo médico tratante disponga a los fines de determinar, continuar o direccionar su tratamiento en curso, como así también todas aquellas prestaciones que le sean necesarias en el futuro respecto del derecho reconocido en la sentencia. Las costas fueron impuestas a la accionada (cfr. fs. 244/248). Posteriormente, los actores acompañaron a la causa órdenes médicas actualizadas (cfr. fs. 307/315) y se amplió la medida precautoria, ordenando a la demandada brindar la cobertura de las prestaciones reconocidas en autos durante el año 2018 (cfr. fs. 326). En fs. 271 se dictó una aclaratoria en relación al nombre del hijo de los amparistas. Asimismo, en fs. 273 se aclaró que los valores consignados en la sentencia debían actualizarse según el nomenclador vigente y se rechazó lo demás peticionado a fs. 268/269. Ello fue apelado por la parte actora a fs. 285 (ver también fs. 268/269, punto II) y el recurso fue concedido a fs. 286 (segundo párrafo). La demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia definitiva a fs. 249/261 y contra la resolución de fs. 326 (cfr. fs. 327/332), los que fueron concedidos a fs. 263 (primer párrafo) y 334/ (segundo párrafo) -en ese orden-. El Ministerio Público de la Defensa apeló el pronunciamiento de fs. 244/248 (cfr. fs. 293/296) y el recurso fue concedido a fs. 297 (segundo párrafo). También obran dos recursos contra la regulación de los honorarios de la dirección letrada de la parte actora (por considerar altos y exigüos los emolumentos determinados por el magistrado), los que serán tratados a la finalización del presente pronunciamiento (cfr. fs. 264 y 266). 2. OSDE solicitó la revocación de lo decidido a fs. 244/248 sobre la base de agravios que pueden resumirse así: a) la

acción de amparo intentada es inadmisibles, en tanto no existió ni existe ninguna conducta de su parte que hubiere afectado o afecte garantía constitucional alguna de la parte actora, en especial, su derecho de salud; b) la sentencia debe ser dejada sin efecto debido a que es arbitraria por efectuar una errada interpretación de las normas aplicables al caso; c) es improcedente la cobertura de escolaridad común en el Colegio Arlene Fern; d) no se desprende de la resolución recurrida los motivos ni razones por las cuáles el magistrado decidió que su parte deba brindar al menor la cobertura de las restantes prestaciones con profesionales ajenos a su cartilla, dado que ello no se ajusta a lo concretamente establecido por la normativa vigente; e) no corresponde que se la obligue a cubrir prestaciones a futuro; f) los perjudicados de tan ilegítima decisión no son sino los propios afiliados, puesto que ellos deberán hacerse cargo de las consecuencias de una resolución que no se refleja en las constancias obrantes en autos. Aclara que su parte ostenta el carácter de una obra social integrante del Sistema Nacional de Obras Sociales cuyo marco legal está dado por las leyes 23.660 y 23.661, por lo que se encuentra bajo la órbita y competencia de la Superintendencia de Servicios de Salud, que es la autoridad de aplicación y g) la imposición de costas a su parte. Asimismo, los agravios en cuanto a la resolución de fs. 326 refieren a que no se encuentran acreditados en la causa los requisitos de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora. 3. Las quejas de los amparistas de fs. 285 refieren a: a) toda vez que la escuela "Arlene Fern" a la que asiste su hijo -a nivel primario- no cuenta con secundaria, se aclare la sentencia en el sentido de que la obligación de cobertura integral es sobre el rubro "escolaridad con experiencia en discapacidad de poca población por grado y su rematriculación", más allá de la opción por la institución en donde su hijo finalmente realice la secundaria y b) respecto de las restantes prestaciones, se aclare que la cobertura de salud de su hijo debe ser otorgada con el equipo interdisciplinario que lo atiende, y que se encuentra conformado por diversos profesionales, con criterios unificados y debidamente coordinados, para propender al mayor grado de autonomía, evolución y dignidad posible. 4. Los agravios de Ministerio Público de la Defensa aluden a: a) existen sobradas pruebas y elementos en la causa que ameritan el acogimiento total e integral de la cobertura de las prestaciones indicadas en autos, por lo que no deben concederse con la limitación del Nomenclador prevista en la Resolución 428/99; b) de no hacerse lugar a lo peticionado, podría originarse un serio riesgo en la continuidad de los tratamientos que el niño viene recibiendo y c) no debe soslayarse que se hallan en juego intereses relacionados con una persona con la doble vulnerabilidad derivada de su condición de niño con la patología discapacitante que surge del certificado y constancias de autos. 5. Primeramente, es oportuno comenzar recordando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, en repetidas oportunidades, que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquéllos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121). 6. En segundo lugar, no es ocioso señalar que se le otorgó al hijo de los amparistas el certificado de discapacidad correspondiente -agregado en autos a fs. 3 y 177-, debido al cual, es aplicable al caso lo dispuesto por la ley 24.901. Al respecto, es importante puntualizar -nuevamente- que la ley 24.901 instituye 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). En lo concerniente a las obras sociales, dispone que éstas tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de la asistencia básica enunciada en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2). Entre éstas se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15); terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); y asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18). Además, la ley 24.901 contempla la cobertura de ayuda específica, enumerada al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19). También establece servicios complementarios (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 35); atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados en el art. 38; estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b). La amplitud de la asistencia prevista en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (ver arg. arts. 11, 15, 23 y 33). También, la ley 23.661 dispone que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan (art. 28) -cfr. esta Sala, causas 7841 del 7/2/01 y 5971/2014/2 del 17.10.2017, entre muchas otras-. 7. Por lo demás, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.682, las empresas de medicina prepaga deben cubrir con carácter obligatorio y como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la

ley 24.901 y sus modificatorias (art. 7º). Tal prescripción normativa resulta concordante y complementaria de lo que anteriormente disponía la ley 24.754, en su artículo 1º, respecto de que "las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistenciales, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, de conformidad con lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 (y sus respectivas reglamentaciones)?".

De ello surge que las empresas de medicina prepaga se encuentran igualadas en cuanto a sus obligaciones prestacionales en relación con las obras sociales (cfr. esta Sala, causas 3054/2013 del 3.3.2013 y 6171/2017 del 27.2.2018). Cabe destacar que el mismo Programa Médico Obligatorio de Emergencia prevé que el agente de seguro de salud, con arreglo a lo previsto en el Anexo II (Resolución 201/2002), está facultado para ampliar los límites de cobertura de acuerdo a las necesidades individuales de sus beneficiarios (la cursiva le pertenece al Tribunal). En otras palabras, no constituye una limitación para dichos agentes, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doctrina de las causas 630/2003 del 15.4.2003, 14/2006 del 27.4.2006, 2212/2017 del 13.3.2018 y 3072/2017/1 del 27.3.2018). Por ende, debe ser entendida como un "piso prestacional", por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de jerarquía constitucional (cfr. Sala de FERIA, causa 8780/06 del 26.7.2007 y esta Sala, causa 6171/2017 del 27.2.2018).

8. Sentado lo anterior, y en cuanto a lo manifestado en relación a la cobertura de la escolaridad común, es menester precisar que la ley 24.901 contempla dentro de las prestaciones básicas a la educativa y, entre ellas, a la Educación General Básica, definida en el art. 22 de dicho texto legal como el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y los 14 años de edad aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio de educación común. A su vez, el art. 6 del Anexo I de la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social dispone que las prestaciones de carácter educativo contempladas por el Nomenclador -entre las que se encuentra la Educación General Básica-, serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad.

9. Reseñada la plataforma normativa que rige el presente caso, debe procederse al examen de los instrumentos aportados a la causa, dado que este expediente no fue abierto a prueba (cfr. fs. 153). En primer lugar, debe mencionarse que las constancias aportadas por la actora no resultan concluyentes en cuanto a por qué su hijo debe concurrir a la institución nombrada y no a otra. En otros términos, no indican razones que avalen que el proceso educativo iniciado por el menor deba llevarse adelante ineludiblemente en el colegio privado antes mencionado, máxime que no surge indicación alguna en la causa de que el niño deba concurrir específicamente a la institución educativa donde cursa actualmente sus estudios. En este orden de ideas, reiteradamente se ha sostenido que el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada uno se coloque en el proceso. Así pues, la obligación de afirmar y probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una el hacer valer los hechos que se quiere que sean considerados por el juez y que tiene interés que sean tenidos como verdaderos. La consecuencia de esta regla es que quien no ajusta su conducta a esos postulados rituales, debe necesariamente soportar las conclusiones que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos opuestos como base de sus respectivos planteos (cfr. CNCom., Sala "A", in re "Tovaco S.A. c/ BBVA Banco Francés S.A.", del 26-5-2009, publicado en La Ley, ejemplar del 13 de agosto del 2.009, pág. 6, que contiene una abundante cita doctrinaria y jurisprudencial; ver también, Sala II, causa 707/98 del 13.3.2009 y sus citas). En tales condiciones, es el parecer de este Tribunal que la conducta de la demandada -en relación a este punto- no puede ser calificada ni como arbitraria ni como ilegítima, por cuanto se ajusta a la normativa que rige la materia, objeto de la reseña que antecede (cfr. también ofrecimiento de fs. 30/31). En efecto, la parte actora no ha negado la existencia de una oferta educacional estatal adecuada a la discapacidad del menor, supuesto fáctico expresamente aprehendido por la norma reglamentaria que resulta aplicable, ni ha demostrado adecuadamente que sea imprescindible su asistencia al colegio privado común al que concurre actualmente como tampoco el perjuicio que entrañaría, para el proceso educativo, su pase a otra escuela. Tampoco ha invocado las razones por las cuales -a su criterio- las escuelas públicas resultan inconvenientes en relación al cuadro de salud. Si bien resulta comprensible, e incluso encomiable, la aspiración de los padres del menor a que su hijo reciba el mejor nivel de educación posible, no puede soslayarse que la decisión que toca adoptar en este ámbito, debe estar necesariamente fundada en la ley (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, y art. 163, inc. 5º del Código Procesal). Por lo tanto, teniendo en cuenta -por un lado- que no ha sido aportada a la causa indicación médica alguna que haga referencia a dicha institución, que se ha solicitado la prestación de escolaridad -por intermedio de esta acción de amparo- un tiempo después del ingreso del menor a la Escuela "Arlene Fern", como tampoco se ha intentado demostrar la inexistencia de oferta educacional estatal adecuada, conforme lo referido precedentemente, corresponde rechazar la pretensión de cobertura del costo de la escolaridad común en el Colegio "Arlene Fern".

10. Despejada aquella cuestión, y en cuanto al límite de la cobertura de las restantes prestaciones, corresponde señalar que, de acuerdo con el

principio general establecido en el art. 6 de la citada ley 24.901, las prestaciones básicas deben ser brindadas mediante servicios propios o contratados, en tanto la atención por parte de otros especialistas o instituciones requiere que su intervención sea imprescindible, debido a las características específicas del cuadro que afecta al paciente, o cuando así lo determinen las acciones de evaluación y orientación. En tal orden de ideas, no debe soslayarse que los certificados médicos de fs. 4/12, 121, 166/176 y 307/315 no indican específicamente que los profesionales tratantes que llevan adelante las prestaciones indicadas -que se desconoce en la causa quiénes son- resulten indispensables para resguardar y/o preservar adecuadamente la salud del hijo de los amparistas, por lo que no se verifica en la especie la circunstancia apuntada en el párrafo anterior. Por ello, y ponderando igualmente que tampoco hay elementos que demuestren que la elección de dichos profesionales haya sido el resultado de una evaluación concreta de las necesidades del paciente por parte de profesionales médicos, corresponde confirmar lo decidido en la anterior instancia en cuanto a la cobertura que deberá afrontar la accionada -con los profesionales que lo asisten en la actualidad- para las prestaciones de apoyo a la integración escolar, fonoaudiología -modalidad neurolingüística-, terapia individual psicológica, psicopedagogía, terapia ocupacional, transporte escolar y a terapias - ida y vuelta- y consultas médicas neurológicas y/o evaluaciones periódicas, que será la suma mensual del arancel vigente (según Resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social y sus modificatorias). Asimismo, debe modificarse la sentencia apelada en cuanto a la prestación de acompañante terapéutico, que deberá brindarse mensualmente hasta el límite fijado por hora en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, para el Módulo ?Prestaciones de Apoyo? (cfr. punto 2.3.1 de la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud y sus modificatorias)?. Resta agregar que, en todos los casos, las prestaciones contarán con los eventuales incrementos que la normativa futura pudiera disponer (confr. Sala II, doctrina de la causa 1993/2012 del 14.5.2013 y sus citas). Finalmente, y en el supuesto de que el monto superara en los hechos el facturado mensualmente por los efectores de las prestaciones referidas, este último constituirá un límite que deberá adaptarse mes a mes.

11. De otro lado, se debe precisar que es atendible el agravio de la demandada relacionado con la ?asistencia futura?, ya que no es posible disponer una condena cuyo objeto se encuentra indeterminado en la actualidad y podría suscitar objeciones futuras de la demandada. Es claro que no es posible desvincular a la obra social de la debida atención de la salud de sus beneficiarios, sin descartar -en forma definitiva y absoluta- cualquier eventual revisión que pudiera tener lugar sobre indicaciones específicas del profesional interviniente. En tales condiciones, la condena abierta dispuesta por el magistrado -en cuanto alude a ?cualquier evaluación y/o terapia y/o tratamiento y/o prestaciones que su equipo médico tratante disponga a los fines de determinar, continuar o direccionar su tratamiento en curso, como así también todas aquellas prestaciones que le sean necesarias en el futuro respecto del derecho reconocido en la presente?- implica, en los hechos, el cierre de todo eventual debate sobre la procedencia de futuras indicaciones médicas, lo que podría acarrear consecuencias disvaliosas para el caso, debiéndose revocar el pronunciamiento en este aspecto (cfr. esta Cámara, sala 2, causa 10275/09 del 11/8/2010, entre otras).

12. En atención a lo expuesto en los considerandos precedentes, corresponde desestimar la apelación deducida por la parte actora a fs. 285 (ver también fs. 268/269, punto II) y deviene abstracto el tratamiento del recurso de apelación de la accionada de fs. 327/332.

13. Finalmente, y en relación a la imposición de los gastos causídicos, debe señalarse que, habida cuenta de las particularidades que presenta la causa y ponderando la entidad de las pretensiones que han prosperado y las que se han desestimado, el Tribunal estima procedente admitir el agravio de la recurrente y distribuir las costas del juicio en el orden causado. Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: 1) modificar la sentencia apelada respecto de la cobertura de la prestación de acompañante terapéutico, disponiendo que deberá brindarse mensualmente hasta el límite fijado por hora en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, para el Módulo ?Prestaciones de Apoyo? (cfr. punto 2.3.1 de la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud y sus modificatorias)?; 2) revocarla en los términos de los considerandos 8°, 9°, 11° y 13°; 3) confirmarla en relación a las restantes prestaciones, de conformidad con lo expuesto en el considerando 10° y 4) desestimar el recurso de apelación de la parte actora de fs. 285 y declarar abstracto el tratamiento de la apelación de la demandada de fs. 327/332. Las costas de Alzada se distribuyen por su orden, en atención a las particularidades de la cuestión y el resultado del recurso (arts. 68, segunda parte y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En virtud de la forma en que se decide y lo dispuesto por el art. 279 del CPCC, se dejan sin efecto los honorarios fijados en la sentencia apelada. Regístrese, notifíquese -al Ministerio Público de la Defensa con remisión de la causa- y devuélvase.

María Susana Najurieta Fernando A. Uriarte Guillermo Alberto Antelo

031189E