

Atencion Integral A Discapacitados

JURISPRUDENCIA

Atención integral a discapacitados

Se confirma la sentencia

que condenó a la obra social demandada a reintegrar al actor los gastos de educación y atención profesional para su hijo por la enfermedad que sufre. Salta, 18 de julio de 2018. Y VISTO: El recurso de apelación deducido por el actor a fs. 209 y, RESULTANDO: A la cuestión planteada la Dra. Mariana I. Catalano dijo: 1) Que vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia efectuada contra el decisorio de fecha 1 de diciembre de 2017 (fs. 199/208 vta.) por el cual el juez de 1ra. Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda iniciada por Wilfredo Zárate en representación de su hijo menor J. I. Z. S. en contra de la Obra Social de Supervisores Metalmecánicos de la República Argentina (OSSIMRA) y Boreal Mediar Cobertura Salud S.A. estableciendo que los montos en concepto de reintegro serán el resultado de la evaluación de los gastos incluidos en el catálogo del PMO (Programa Médico Obligatorio) y las disposiciones especiales para discapacidad, tarea que se realizará con la intervención de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación en la etapa de ejecución de sentencia. Impuso las costas por su orden. 1.1) Para así decidir, el a quo especificó que las partes están de acuerdo en que el menor es afiliado de la obra social demandada y que desde su nacimiento tuvo graves problemas de salud (Mielomeningocele o Espina bífida), disintiendo sobre cuál era el marco legal aplicable al caso, pues mientras el actor fundó su reclamo en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), la parte demandada se opuso a ello, sosteniendo que las obras sociales no son alcanzadas por dicha ley porque cuentan con su propia regulación jurídica. Delineada la controversia, consideró inatendible la postura de la defensa de la demandada, fundando su decisión en la aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional, la ley 24.240 con las modificaciones de la 26.361 y en las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación Libro II "Derechos Personales", Título III "De los contratos de consumo", Capítulo I "Relaciones de Consumo" arts. 1.092 y sgtes.. Consecuentemente, sostuvo que resulta aplicable la 24.240, y que, de acuerdo a su art. 3º ésta tiene jerarquía constitucional y es de orden público, por lo que tiene preeminencia sobre otras leyes, en tanto se refieran a toda actividad profesional desarrollada en el mercado de consumo y cuyos destinatarios no reciben sus productos o servicios en carácter de consumidores sino como socios afiliados. Agregó que lo expresado es sin perjuicio de que, al tratarse de un servicio relativo al ámbito de la salud, debe tenerse en consideración las disposiciones y resoluciones que al efecto emite la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación y que regula la actividad de los agentes de salud, en el caso, la obra social accionada; debiendo primar una interpretación sistemática e integradora de la normativa que rodea al caso. En otro orden y con la finalidad de lograr una mayor comprensión, el sentenciante expresó que los reintegros aquí solicitados son una continuación de los gastos que fueron reclamados por los actores en el proceso de amparo en la etapa de ejecución de la sentencia, pero en esta oportunidad a partir de mayo del año 2014. Explicó que en dicho proceso, con sentencia firme, las partes llegaron a un acuerdo (en marzo de 2.013) por la cobertura de las prestaciones y reposición de gastos, con el compromiso de los accionantes de prestar su máxima colaboración para el cumplimiento de los trámites previstos en la resolución 1.511/12 de la Superintendencia de Servicios de Salud, conforme el principio de buena fe, ya que el cumplimiento de este requisito previo le permite a la obra social obtener el reintegro de las erogaciones que hubiera realizado para atender las prestaciones básicas por discapacidad brindadas a los afiliados; añadiendo que aquella disposición describe en su art. 8º los instrumentos que es preciso aportar para la realización de las prácticas. Refirió que de la documentación aportada a la causa pudo constatar que no existió pedido alguno de autorización a la obra social, tales como notas con fecha de recepción acompañando la documentación necesaria, que verifique efectiva y anticipadamente que el accionante petitionó asistencias médicas con algún prestador o institución elegida del catálogo o cartillas de prestadores vinculados al sistema y que ofrece la accionada. Dijo que prueba de ello es el pedido de reintegro de gastos por atención médica y adquisición de prótesis extranjera fuera del esquema trazado por las disposiciones de la autoridad de contralor de las obras sociales. A lo que agregó que la Resolución 201/2012 (anexo I Capítulo 8, inc 8.3.3) del Ministerio de Salud Pública se encuentra vinculada al Programa Médico Obligatorio (PMO), en los supuestos de prótesis y órtesis, precisando que la "cobertura será del 100 % de prótesis nacionales según indicación - como en el caso - y sólo se admitirá prótesis importada cuando no exista similar nacional" añadiendo que la justificación debe ser claramente expuesta por el facultativo médico interviniente, quien debe suscribir un informe que explicita las razones por la que solicita una prótesis extranjera, desestimando la de fabricación nacional; lo que no se ha visto corroborado en la presentación a la obra social. Manifestó que la ley 24.901 fija como principio la asistencia integral de las personas discapacitadas, previendo distintas maneras de financiar su concreción (art. 7º). En tal sentido dijo que no es un principio rígido, ya que nada lo es en el ámbito del derecho ni de lo humano, pero para apartarse de él se precisa un motivo que lo justifique. A mayor abundamiento, el a quo entendió que al actor, por los antecedentes procesales ya señalados, no le era desconocida la exigencia

administrativa que pesa sobre la obra social, más aún cuando fue testigo de la auditoría practicada por la Superintendencia de Servicios de Salud en el año 2013 (cfr. informe del mencionado organismo de fs. 341/347 en el expte. del amparo), pues tenía conocimiento pleno de sus obligaciones. Así las cosas, aseveró que la obra social en su vinculación con el afiliado se encuentra obligada a cumplir solo con el catálogo de prestaciones que presenta el PMO y en el caso con las disposiciones atinentes a discapacidad que emanan de la Ley 24.901, la cual también instituye un sistema de prestaciones básicas. Explicitó que esta disposición establece que tendrán cobertura del 100% con financiamiento del Fondo Solidario de Redistribución, los programas de la Administración de Programas Especiales, de manera que la obra social cuenta para esos fines con subsidios estatales; por consiguiente aseveró que ninguna prestación puede extenderse más allá de las normas, atento a que existe otro centro de interés que debe ser tutelado; el de los demás participantes del sistema, pues si la obra social pagara prestaciones no pactadas afectaría el equilibrio económico del mismo. Citó jurisprudencia al respecto. Sostuvo que de las pruebas colectadas en la causa no puede aseverarse que se haya incumplido con el deber de atención del afiliado, pues la obra social ofreció prestaciones incluidas en el PMO, con profesionales e instituciones de la cartilla (instituciones como "Ayúdame a Crecer" a fs. 165, presupuestos y prótesis autorizada fs. 181/185) y que no obstante ello la actora optó por prestadores e instituciones fuera del esquema mencionado. Luego de haber examinado la normativa aplicable y el principio de buena fe que debe regir entre las partes, se expidió por la improcedencia de los daños punitivos reclamados considerando que pese a la insistencia en el reclamo de los accionantes, el mismo fue atendido por la obra social demandada respecto a las prestaciones incluidas en el PMO, por lo que no puede imputársele culpa o negligencia en su obrar. En atención al resultado al que arribó, impuso las costas por el orden causado. 2) Una vez en esta instancia, se corrió vista al Sr. Defensor Oficial en los términos del art. 43 de la ley 27.149, quien lo contestó a fs. 212/213, considerando que debe hacerse lugar al recurso de apelación. 3) Que a fs. 214/216 se encuentra agregado el memorial de agravios de la recurrente, quien señaló que promovió la presente acción en virtud de graves incumplimientos de la demandada en relación a sus obligaciones constitucionales, legales y contractuales, con afectación de su derecho de propiedad, propiciando un trato abusivo e indigno al incumplir desaprensiva, irrazonable e ilegítimamente con las obligaciones asumidas en el expte. 3308/11, lo cual le causó graves perjuicios económicos y morales. Encuadró su reclamo en las previsiones de la ley 24.240, por lo que solicitó el reintegro de las sumas adeudadas y el pago de la multa civil (art. 52 bis LDC). Como primer agravio invocó el equívoco del judicante "al referir que los actores se comprometieron a prestar la máxima colaboración para el cumplimiento de los trámites y requisitos previstos en la resolución 1511/12 conforme el principio de buena fe, cuyo cumplimiento le permite a la obra social obtener el reintegro de las erogaciones que hubiera realizado...y que dicha disposición describe la documentación que es preciso aportar?", pues deslindó la responsabilidad de la obra social en base a una apreciación personal, arbitraria, sin fundamentos jurídicos y sin considerar las constancias probatorias de la causa. Sostuvo que no existen pruebas (en los hechos y en la realidad) acerca de que la demandada haya informado cuáles eran los supuestos pasos a seguir y la documentación a presentar para que las prestaciones fueran autorizadas, por tanto el sentenciante liberó a la obra social de sus obligaciones. Esta inversión de la carga probatoria - a su criterio - adolece de lógica y fundamentos jurídicos, ya que en este caso la salud del menor y la urgencia deben primar sobre cualquier formalidad que pretenda hacer valer. Señaló que toda la doctrina consumerista postula la teoría de las cargas probatorias dinámicas desplazando el "onus probandi" según fuere la circunstancia y, en cuyo mérito aquél puede recaer en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producirlas más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificatorios o extintivos del caso. Refirió que el principio indubio pro consumer rige en materia de derecho protectorio, añadiendo que en tal sentido los arts. 3, 37 y ccetes. de la LDC (Ley de Defensa del Consumidor) disponen que en caso de duda prevalecerá la más favorable al consumidor, todo lo cual se aplica a las cuestiones de prueba. Alegó que con igual criterio el magistrado omitió una norma de orden público, como el art. 53 párrafo 3º de la ley 24.240, en cuanto establece que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando colaboración para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio; interpretando como un grave y claro error del fallo la aplicación del art. 377 del código de rito. Por otro lado, cuestionó las consideraciones del juez respecto a que "los pedidos de reintegros de gastos por atención médica y adquisición de prótesis extranjera se realizaron fuera del esquema trazado por las disposiciones emanadas de la autoridad de contralor de las obras sociales...", alegando que con esta manifestación no hace más que desconocer su propia sentencia dictada en el expediente del amparo, toda vez que allí se acreditó fehacientemente la necesidad de la atención en la Ortopedia Alemana por la complejidad del paciente; acreditándose con copia de los certificados médicos correspondientes que la derivación al hospital Italiano o al Fleni fue realizada por el médico auditor de la demandada. Hizo hincapié en que no puede el resolutorio desconocer los antecedentes del caso y determinar que no corresponde los reintegros, por cuanto la salud del menor con discapacidad (bien jurídico superior protegido) no entiende de burocracias administrativas ni de formalidades, y la demora en las prestaciones genera perjuicios y daños a la salud que resultan muchas veces irreversibles.

Respecto a la procedencia del daño punitivo, criticó que el juez sostuviera que la obra social no actuó dolosamente, afirmando que de las constancias de autos, del expediente del amparo y de la denuncia de desobediencia judicial, surge la actitud reticente de la demandada al cumplimiento. Además expresó que el mismo judicante es el que ordenó la cobertura integral de las prestaciones al menor en el amparo y consideró incumplido el acuerdo por parte de la demandada, generando en su oportunidad la aplicación de astreintes, lo que hace viable la aplicación de la multa civil. Por lo que consideró que priorizar intereses patrimoniales o de conveniencia por sobre la salud de un menor discapacitado no resiste análisis alguno y hace viable tal sanción. Por último, se agravio con la imposición de las costas por el orden causado, indicando que debe tenerse en cuenta la conducta negligente, desaprensiva y abusiva de la obra social que ha generado el presente proceso, sumado a que es la única deudora de los montos reclamados, por lo que debe ser condenada en costas. Hizo reserva del recurso de constitucionalidad e inaplicabilidad de la ley, como así también del recurso de queja por inconstitucionalidad denegada y del recurso extraordinario ante la CSJN. 4) Que a fs. 218/223 el apoderado de las demandadas contestó los agravios y solicitó el rechazo del recurso deducido, con costas a la actora. Señaló que el recurrente no acreditó la realización de pagos o reclamos fehacientes de reintegro de las prestaciones que detalla en la demanda. Tampoco las correspondientes a su ampliación. Hizo referencia a las declaraciones testimoniales judiciales en la etapa probatoria, dijo que quedó acreditado que los padres del menor J. I. Z. fueron informados sobre cuáles eran los centros médicos prestadores de Boreal en la provincia de Salta con capacidad para su atención y que idéntica situación ocurre con el colegio San Lucas, el cual es un colegio convencional del que no presentaron los programas curriculares orientados al grado de discapacidad, pese a haber sido solicitados en reiteradas oportunidades; añadiendo que a tal pretensión se suma la de un acompañante terapéutico, lo cual es ajeno a la normativa aplicable. Preciso que el proceder del actor perjudica a la obra social, ya que en caso de pagar los reintegros, no se puede acceder al Sistema Único de Recupero (Sur). Indicó a continuación que la obra social acompañó nota de "Ayúdame a Crecer" (fs. 165), institución que informa que puede atender al menor. Al propio tiempo, se refirió al pedido de reintegro de gastos de honorarios señalando que no fueron acreditados y respecto de los gastos en pañales y leche común, sostuvo que no son asistencias con prescripción médica relativa a la discapacidad, sino alimentos o elementos habituales, pretendiendo el actor trasladar gastos comunes que se originan en el seno familiar. Sobre los reintegros de prótesis y órtesis, manifestó que es improcedente en virtud de dos cuestiones: a) falta de justificación médica que indique la necesidad de uso de determinada marca y/o prótesis extranjera; b) la provisión está excluida de los módulos (PMO) y su cobertura debe hacerse de acuerdo a la Resolución 1/98 de la Administración de Programas Especiales. Remarcó lo dispuesto en el art. 8º de la resolución 1511/12 que dispone que "la Superintendencia de Servicios de Salud financiará las prestaciones básicas por discapacidad, a través de reintegros, siempre que las solicitudes de los mismos den cumplimiento a la normativa vigente y a los procedimientos y requisitos...". Así las cosas, concluyó que todas las declaraciones testimoniales son coincidentes en cuanto a que los actores no cumplen con los procedimientos administrativos de autorización de pedidos médicos, ni presentación de historias clínicas, apartándose totalmente de los controles de las auditorías, y que surge de la prueba producida que tampoco cumplieron con la resolución 1511/2012 S.S.S. adquiriendo prestaciones, bienes y servicios de manera unilateral. **CONSIDERANDO:** 1) Que previo a resolver, y en lo que aquí concierne, corresponde señalar -como lo hizo el sentenciante- que no se encuentra discutida la afiliación del menor J. I. Z. S. a OSSIMRA y Boreal Cobertura Salud, como tampoco su discapacidad o patología. Tampoco la cobertura es objeto de reclamo, mientras sí lo fue en el proceso de amparo tramitado (en tres cuerpos) por ante el mismo juzgado (JFS nº 2), bajo nro de expte. FSA 21000380/2011. De tal modo, el debate en esta Alzada recae en dos cuestiones: i) si es procedente el reintegro de los gastos efectuados por los padres del menor, y, en su caso, sobre qué rubros; y ii) si es aplicable el daño punitivo a la obra social por su actuar frente a los reclamos del actor. 2) Que a efectos de determinar la procedencia de los reintegros debe atenderse a las constancias probatorias de autos. Para ello, y en la medida en que fue objeto de agravio, vale precisar que respecto a la carga de la prueba, corresponde la aplicación del art. 53, tercer párrafo de la ley 24.240 y no como lo concibiera el a quo, el art. 377 del CPCCN, por cuanto no estamos en presencia de una acción de daños y perjuicios lisa y llana en la que la carga de la prueba recae sobre quien alega el daño (teoría restrictiva), sino de una acción de consumo. Las cargas dinámicas (art. 53 LDC) producen un desplazamiento del "onus probandi" según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito puede recaer en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir la prueba, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos (Ondarcuhu, José Ignacio, "Aspectos procesales relevantes de la nueva ley de defensa del consumidor (ley 26.361) y su implicancia en el proceso judicial de daños", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año II, Número 2, Abril de 2011; Peyrano, "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", La Ley, 1996-B, 1027). Y en lo que atañe al contrato de medicina prepaga como generador de una relación de consumo, ya se ha pronunciado la jurisprudencia, habiendo declarado la Sala 1 de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo que en este ámbito "el paciente adquiere servicios del proveedor a título oneroso, por lo que resulta

aplicable la ley 24.240, en tanto protege en forma genérica a los consumidores frente a los posibles abusos de una empresa comercial?. El Tribunal dejó sentado que la existencia de la ley 26.682, que establece el marco regulatorio de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los agentes de seguro de salud, no impide la aplicación de la ley 24.240 (?Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica c/DNC s/ Defensa del Consumidor?, diariojudicial.com/documentos, 22/2/2016)

2.1) En autos, más allá de la referida doctrina, lo cierto es que las partes, en mayor o menor medida, aportaron constancias de elementos fácticos que permiten formar convicción acerca de sus conductas, pudiendo colegirse que existieron incumplimientos recíprocos. En los agravios, el apelante señala ?que no existen pruebas que demuestren que la demandada informó cuáles eran los supuestos pasos a seguir y documentación a presentar, para que ellos puedan autorizar? (cfr. cita fs. 215), sin embargo, tal argumento no resulta válido, pues no se trata de un procedimiento desconocido para los padres de Juan Ignacio Zarate, atento las múltiples presentaciones médicas realizadas a Boreal desde el nacimiento del menor (20/08/2008) más aún si se consideran los antecedentes procesales como el amparo que data del año 2011. Tampoco puede soslayarse la falta de cumplimiento del actor respecto a los trámites administrativos, especialmente la autorización de las prestaciones, pues en este punto la obra social no estaba constreñida a reintegrar asistencias no ?autorizadas o justificadas?; conforme lo exige el art. 8º de la Resolución de Superintendencia de Servicios de la Salud (SSS) 1511/12; cuya observancia, además, quedó pactada en el convenio. Respecto de las demandadas, aunque hubo de su parte una actuación cobijada por el marco formal legal, amparándose en el PMO y en la existencia de una nómina de profesionales e instituciones de la cartilla (que no fueron individualizados en el expediente), pudo y debió haber actuado con mayor diligencia atento las especiales características del caso, y su judicialización mediante amparo.

2.2) Cabe reparar que el Programa Médico Obligatorio (PMO) creado por el Decreto 492/95, vigente a partir de la publicación de la Resolución Ministerial N° 247/96 y posteriormente modificado en varias oportunidades, contiene tanto los lineamientos en política de salud que deben seguir quienes pertenecen a ese sistema en calidad de efectores - estableciendo prioridades, determinando los denominados grupos vulnerables, etc.- como el listado de prestaciones que deben satisfacer obligatoriamente a sus beneficiarios, estando ambos aspectos íntimamente ligados (esta Cámara - antes de su división en salas- ?Cavagnagh, Camila - en representación de su hijo menor B.J.C. c/ OSDE s/Amparo, del 29/03/11). Se trata de una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistenciales sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión. Al ser el resultado de la evaluación permanente del Estado, a través de sus órganos competentes respecto a las distintas prácticas, tecnologías, medicamentos y demás prestaciones disponibles en el mercado, corresponde atenerse a lo allí establecido (cfr. esta Cámara en la causa ?Act. rel. Cañavate María Amalia c/ O.S.P.S.A. s/ Amparo?, sent. del 14/12/12) (énfasis añadido). Por otro lado, existe consenso en la doctrina en el sentido de que las prestaciones que reconoce el PMO tienen un carácter dinámico, no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados conforme al art. 28 de la Ley 23.661 (CSJN ?Cambiaso Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas? 28/8/2007, Fallos: 330:3725), el cual establece que los agentes de seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud a cuyo efecto la autoridad de aplicación establecerá y actualizará periódicamente. Esta posibilidad de actualización y permanente revisión del PMO contribuye a legitimarlo, pues cuando se trata de una práctica generalizada o los avances de la ciencia médica así lo indican, las prácticas son incluidas en el PMO, o bien en las leyes que reconocen nuevos derechos (resolución MS 201/02). La elasticidad del PMO también ha sido puesta de relieve por esta Cámara, al declarar que ?no cabe admitir una visión estática del PMO, lo que resultaría contradictorio con la naturaleza expansiva de la ciencia y, por tanto, con la benéfica influencia de ésta sobre la salud de los seres humanos? (?R.N.F. O., N. c/Obra Social del Poder Judicial s/Amparo?, sent. del 03/09/2010; ?Ramasco, Gustavo Fabián c/Swiss Medical S.A.? sent. del 04/05/15; entre otros).

Por ello, todos los agentes involucrados en el sistema de salud de las leyes 23.660 y 23.661 deben asegurar y/o garantizar las prestaciones de salud conforme las particularidades de cada caso para determinar si dicho programa otorga una efectiva protección del derecho a la salud (CFPlata, Sala II ?De Simone, María Fernanda c/ Obra Social de Petroleros?, del 16/12/14; este Tribunal, Incidente N° 1 - ?Jaimez, Juana Rosa c/OSPE? del 21/12/16) (el énfasis es añadido).

2.3) En base a tales pautas, cabe afirmar que el niño J. I. Z. S., con requerimientos urgentes en función de la mielomeningocele que lo afecta, no puede ser desatendido o atendido en forma extemporánea y/o insuficiente, bajo el exclusivo argumento de las limitaciones del PMO. Asimismo, es conducente tener en cuenta que las partes, en el citado Acuerdo, convinieron que debían colaborar a fin de cumplir con los trámites previstos en la Resolución 1.511/12 conforme el principio de buena fe ?...sin perjuicio de que ello no limita en ninguna medida la responsabilidad de las demandadas por la cobertura integral de los servicios de salud debidos en tiempo y forma?.

2.4) Sentado lo anterior, debe analizarse la procedencia de los reintegros acordados al objeto de la demanda (fs. 52/54) cuyos montos surgen de las seis notas individualizadas que rolan a fs. 13/23 y; b) de la ampliación de la demanda de fs. 93/95 vta. a) En cuanto al pago de las cuotas del establecimiento educativo ?San Lucas?, al que asiste el menor, ha de recordarse que mediante Resolución N° 428/99 del

Ministerio de Salud y Acción Social, que aprobó el "Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad", en el art. 6° del Anexo I "Las prestaciones de carácter educativo (...) serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta estatal adecuada a las características de su capacidad". A su vez, el decreto 762/97 que creó el "Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad" establece que las prestaciones educativas recibirán cobertura en aquellos casos que la misma no esté asegurada a través del sector público (la negrita es añadida). En tal contexto, se ha sostenido de conformidad con la doctrina sustentada por el máximo Tribunal (R., D. y otros c/Obra Social del Personal de la Sanidad s/Amparo fallo del 27/11/12) "que es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar y poner a disposición una alternativa entre sus prestadores, que proporcionen un servicio análogo al que se persigue en juicio, demostrando la exorbitancia o sinrazón de la elección del afiliado". Con igual criterio la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II ("T.L.V. c/OSDE del 18/12/14 www.cij.gov.ar), dispuso que la "demostración de esa oferta recae inicialmente en la entidad que presta servicios de salud".

Bajo esta premisa, en la actualidad los niños con capacidades diferentes concurren y cursan sus estudios en escuelas convencionales según la modalidad de un programa pedagógico individualizado (PPI) diseñado con ajustes razonables, metas personalizadas y una propuesta pedagógica - didáctica que atiende a las necesidades, intereses y desarrollo del máximo potencial de cada niño y que requiere en tales casos el acompañamiento permanente de una maestra integradora, garantizando este programa el derecho a la educación, con anclaje en el principio de progresividad e igualdad de oportunidades. Los Estados partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación, con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, asegurando un sistema inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y autoestima, reforzando el respeto por los derechos humanos y la diversidad (art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 28 de la convención de los Derechos del niño, art. 24 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad).("R.,C.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo? 24/10/2016, Juzgado Contencioso Administrativo Tributario N° 1 de la Ciudad Autónoma de Bs. As. La ley online cita AR/JUR/96183/2016). b) OSSIMRA - Boreal Cobertura Salud ha puesto a disposición del recurrente una institución educativa análoga, "Ayúdame a Crecer". Este establecimiento, de acuerdo al informe anexo a fs. 165, trabaja con niños que presentan algunas patologías entre ellas mielomeningocele, brindando asistencia y rehabilitación desde las distintas áreas: psicopedagogía, fonoaudiología, fisioterapia, psicología y educación especial. Se encuentra capacitado para dar respuesta de manera integral a las necesidades del niño contando con el servicio de atención temprana, escuela especial, apoyo a la inclusión y centro terapéutico, requiriéndose para su ingreso que el niño sea evaluado desde las diferentes áreas.

Sin embargo, ello no neutraliza el derecho del menor de permanecer en la institución educativa a la que actualmente asiste. Es que, aunque la actora no haya rebatido el informe de fs. 165, considero que existen elementos suficientes glosados a fs. 141/153, que dan cuenta del impacto claramente positivo que produce para el niño la concurrencia al Colegio San Lucas, que ha diseñado una Propuesta Pedagógica Individual (PPI) a su respecto (fs. 141/144) cumpliendo con la pauta general señalada en el punto 4. Por otro lado, de las planificaciones de trabajo y distintos informes trimestrales de Blanca Liliana Soloaga, profesora de educación especial y maestra de apoyo (fs. 147/149 y 152 de autos y fs. 368/371, 482/483, 488/490 del amparo; entre otros), surge el seguimiento y acompañamiento del niño en todo el proceso escolar, con actividades (consensuadas con las maestras del respectivo grado) que se adaptan a sus necesidades, pautas limitadas de aprendizaje y al momento que transita; todo lo cual no ha sido desacreditado. Es importante subrayar que el informe del período de adaptación de fs. 152 da cuenta de una intercomunicación sana y fluida con sus pares, que "lo tratan como un compañerito más y lo ayudan y alientan en su aprendizaje", interacción que podría no darse en el marco de las instituciones no escolares ofrecidas por las accionadas. Así las cosas, un cambio de hábitos en la rutina de aprendizaje e interacción afectiva del menor con niños de su edad, probablemente genere efectos adversos en su desarrollo, lo que no es dable admitir. c) Por consiguiente, corresponde el reintegro de las cuotas del colegio San Lucas y su inscripción; así como los honorarios de la maestra especial y de un acompañante terapéutico (60 horas mensuales), de lunes a viernes, mientras dure la jornada escolar; toda vez que conforme la enfermedad que sufre requiere atención constante de ambos profesionales. 2.5) Que sentado lo que antecede, se examinarán los demás ítem que integran el reclamo. a) En cuanto a la provisión de pañales descartables, se encuentra plenamente justificado, puesto que en el Formulario II sobre "Medida de Independencia Funcional" (FIM) incorporado por Boreal en fecha 12/01/2016 por la Dra. María C. Pasteur a fs. 470 del expte. 380/11 hace mención en el punto 3° "que demanda asistencia completa para su higiene"; el punto 7° del mismo informe refiere "al control completo e intencional de la evacuación intestinal y al uso de equipos y agentes necesarios para ello" informando que el niño J. I. Z. "no controla ni controlará por lesión medular". Asimismo, en el apartado 8° se deja constancia que para la evacuación vesical requiere de "sondaje vesical por lesión medular". Por ello corresponde hacer lugar a la pretensión del reintegro, debiendo el actor indicar de manera concreta la cantidad de pañales mensuales que necesita Juan Ignacio. b) Distinta es la suerte del requerimiento

de leche común (marca Sancor), que no resulta procedente puesto que no se trata de una leche "medicamentosa", ni se sustenta el pedido en una indicación concreta y específica efectuada por el médico tratante como dificultad en la alimentación o riesgo de desnutrición. Tampoco se consignaron los beneficios que la misma supondría para el paciente de contar con ella, sumado que al ser de uso habitual y normal en cualquier hogar, debe ser provista por los padres. c) Con la salvedad del punto anterior, tendrán acogida los demás rubros reclamados en las notas que integran el objeto de la demanda. 3) Que sentados los criterios respecto del reintegro, es oportuno elucidar el andamiaje del pedido de daño punitivo. El instituto, incorporado en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (to 26.361 de 2.008) debe ser interpretado como un mecanismo de tutela preventiva consistente en una sanción patrimonial que se impone al dañador que obró con dolo o culpa grave, con el fin de disuadir futuros comportamientos antisociales o, dicho de otro modo, conductas dañinas inadmisibles socialmente (CFAS, antes de su división en Salas "Cocha, Ramón Carlos c. OSPLAD s/ ley de defensa del consumidor - sumarísimo, daño punitivo" del 28/04/2015). Ha sido caracterizado como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón, "Daños punitivos", en "Derecho de daños", Segunda Parte, La Rocca, Buenos Aires 1993, p. 291/292; énfasis añadido); o de "un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños" (cfr. Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, Buenos Aires 2004, tomo 1, p. 557); inspirado en un propósito netamente sancionatorio, adquiriendo trascendencia en aquellos casos en que el responsable causó un daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños (Picasso, Sebastián, "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires 1999, tomo I, p. 593 y ccdtes). Esta especie de multa civil tiende, al mismo tiempo, a dismantelar el "negocio de dañar", al impedir la elaboración de análisis actuariales previos a la causación del daño, que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o violación de la ley (cfr. Álvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino", JA, 2008-II, fasc. N° 9). En cuanto a los requisitos de procedencia, mientras que desde una posición amplia basta cualquier obrar desaprensivo del ofensor, otro sector más restrictivo postula su aplicación exclusivamente en los casos de "culpa lucrativa", es decir, cuando el daño es causado como derivación del análisis de la relación costo-beneficio, que determina que al empresario le resulte más rentable seguir operando en las mismas condiciones y deducir de sus ganancias las indemnizaciones, antes que modificar la matriz de su comportamiento para evitar consecuencias lesivas (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho Argentino?", en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales, Año XXXVIII, Segunda Época, N° 3). 3.1) Pero más allá del tecnicismo de este debate, parece haber consenso en cuanto a que conviene limitar la aplicación de penas privadas a casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos (...) Es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado. Así se ha declarado en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe en el año 1999, despacho aprobado por mayoría (cfr. López Herrera, Edgardo "Los daños punitivos", Buenos Aires 2008, Abeledo Perrot, pág. 304), criterio reiterado una década más tarde en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en Córdoba, 2009 (comisión N° 9. www.derechocivilcba.com.ar). Sin embargo, esta unívoca premisa fue desatendida por el legislador nacional al tiempo de la sanción de la ley 26.361, pues introdujo la figura en el art. 52 bis de la LDC con una excesiva laxitud, habilitando su aplicación "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor [y] a instancia del damnificado"; lo cual llevó a la doctrina a plantear serias objeciones de fondo, pues en la práctica, la adopción de semejante fórmula (que además carece de precedentes) importa la adopción de un factor de atribución objetivo, contrario a lo sostenido por la doctrina mayoritaria, que requiere la presencia de una "grave inconducta" del dañador, es decir, de un factor de atribución subjetivo agravado (cfr. Zentner, Diego H., "Contrato de Consumo", La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 241 y ss.; Stiglitz, Gabriel, "La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, edición especial, octubre-2012, págs. 68 y 69, resaltado añadido). En consecuencia, el daño punitivo se ha venido presentando en nuestro país como una figura de contornos difusos y de escasa identidad, "mutando así en una suerte de daño punitivo 'light' o 'reducido en calorías', cuyo eslogan publicitario bien podría ser la ecuación: 'bajos requisitos - bajas condenas. (Zentner, Diego Hernán, "El daño punitivo entendido como una verdadera sanción disuasiva" DJ11/03/2015, 7, énfasis añadido); entonces, si bien algunos Tribunales, con un interpretación literal de la norma, acogieron el daño punitivo ante el sólo incumplimiento de una obligación legal, sin exigir gravedad, han sido muchas otras las sentencias que las desestimaron con ajuste a lo que se ha considerado la "buena doctrina" en la materia (cfr. Zentner, ob. cit. y su profusa cita de fallos). 3.2) El encuadre normativo, doctrinario y jurisprudencial que precede, impide tener por configurado en autos un supuesto propicio para la

aplicación del daño punitivo. En efecto no puede perderse de vista las constancias que dan cuenta del cumplimiento de las demandas en el expediente 380/2011: a) el niño J. I. Z. S. nació con mielomeningocele - hidrocefalia en el 2.008 (cfr. historia clínica neonatal fs. 23/34) y fue operado a las 4 hs. de vida, al mes y a los 9 meses bajo la cobertura de la obra social OSSIMRA - Boreal (cfr. historia clínica para prestaciones de habilitación y rehabilitación en discapacidad del 12/01/2016 a fs. 473); b) reintegros y cobertura integral en el acuerdo conciliatorio por la suma de \$110.000 (fs. 309/310 vta.); c) pasajes aéreos para el Sr. Zárate Wilfredo Juan y su hijo (fs. 459/460); d) transferencia bancaria orden de pago N° ? por el monto de \$7.160 en fecha 12/11/15 por compra de corsét neurológico madurativo y órtesis de columna madurativo en Ortopedia Alemana (fs. 461/463); e) autorización y compra de almohadón Varilite Proform por \$ 12.276 el 27/04/16 (fs. 516/527); f) Prótesis Sin Recupero (SUR) - órtesis o material descartable, factura de compra por \$10.434,60 sonda Speedicath Hombre emitido por OVIMEDIC (fs. 532/536); g) autorización y entrega de Valvas AFO termoplásticas con molde de yeso por dos, \$5.200 en fecha 28/02/18 Ortopedia Pacheco (fs. 544/548). A partir de estas constancias, entre otras, no puede concluirse una conducta ?dolosa? ni ?gravemente antisocial? o ?gravemente ultrajante? de la demandada, que puso a disposición del padre del menor medios y opciones prestacionales alternativas para la atención del niño dentro de los contornos del Programa. Con igual entendimiento resolvió este Tribunal, antes de su división en Salas, en ?Cocha, Ramón Carlos c. OSPLAD s/ ley de defensa del consumidor - sumarísimo (daño punitivo)? del 28/04/2015. 4) Que como corolario de todo lo expuesto, propicio hacer lugar parcialmente a los reintegros detallados en el objeto de la demanda (fs. 51/59) y su ampliación (fs. 93/95 vta.), con excepción del rubro leche; y rechazar el pedido de aplicación de daño punitivo; debiendo la actora, en lo sucesivo, cumplir las exigencias de la normas reglamentarias respectivas (principalmente la Resolución 1.511/12 de la Superintendencia de Servicios de Salud) en orden a facilitar el reintegro de las prestaciones a que tiene derecho la demandada (Sistema Único de Reintegro, SUR). En lo concerniente a las costas, es pertinente distribuirlas por el orden causado por el modo en que se resuelve (art. 68, 2º párrafo del CPCCN). ASI VOTO A igual cuestión el Dr. Alejandro Augusto Castellanos dijo: 1. Comparto parcialmente la propuesta decisoria enarbolada por la distinguida colega que me precede en la consideración del presente recurso, en particular, en lo tocante a la desestimación del daño punitivo, haciendo propios los conceptos que reclaman la configuración de un factor subjetivo particularmente agravado para su viabilidad, que en el caso no puede tenerse por configurado. Sin embargo, disiento con los criterios expuestos en relación con los reintegros solicitados por la actora. 2. Al respecto, entiendo prudente precisar que la decisión atacada no ?rechaza? la petición restitutiva, sino que ?difiere? el establecimiento de los montos de reintegro a la tarea que se realizará con la intervención de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación ?en la etapa de ejecución de sentencia?, anticipando la admisión de los gastos incluidos en el catálogo del PMO y las disposiciones especiales para discapacidad. Para así decidir, el juez de grado tuvo particularmente en cuenta que el reclamo aquí esbozado reconoce su antecedente en un acuerdo judicial de índole transaccional, en el cual los accionantes asumieron el compromiso de prestar colaboración para el cumplimiento de los trámites de petición y autorización previa previstos en la resolución 1511/12 de la Superintendencia de Servicios de Salud, que permite a la demandada obtener el reintegro de las erogaciones que efectúe de parte del Sistema Unico de Recupero (SUR). La inobservancia de aquel compromiso asumido por los actores fue lo que fundó el diferimiento decidido, posibilitando no sólo la integración de elementos necesarios para determinar la procedencia de los reclamos, sino también, la actuación de la Superintendencia encargada de resolver lo relativo a los eventuales reintegros a los que hubiere lugar, los que, a la sazón, le incumbe financiar. 2.1 Los agravios deducidos al respecto se sustentan básicamente en el cuestionamiento a lo que los recurrentes consideran una inversión de la carga probatoria, postulando que el magistrado de grado omitió considerar que, según lo prescripto por el art. 53, párrafo 3, de la ley 24240, los proveedores deben 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. Asimismo, objetó el señalamiento relativo a que los gastos de atención médica y adquisición de prótesis se realizaron con inobservancia de las pautas establecidas en la resolución que se habían comprometido a observar, justificando su actitud en la situación de discapacidad del paciente. 2.2 Ahora bien, es preciso puntualizar que en el caso en análisis no se postula que la demandada deba aportar al proceso algún elementos de prueba ?que obren en su poder?, ni se discute que deba proporcionar algún tipo de colaboración ?necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio?, sino que se trata de un deber de la parte actora, asumido en un marco transaccional que luego pretende desconocer. Además, los agravios relativos a la incumbencia probatoria entrañan un planteo que en nada conmueven lo decidido por el juez de grado, ya que ninguna prueba juzgó omitida por la parte actora, sino que, en rigor, lo que reputó incumplida fue una carga o deber conductual oportunamente comprometida por medio del acuerdo transaccional celebrado en el marco de un proceso de amparo. Empero, en modo alguno se expidió acerca de la comprobación de los gastos cuyo reintegro se reclamó en la demanda, extremo que claramente decidió diferir a la etapa de ejecución, con expresa intervención del organismo oficial encargado de financiar las prestaciones por discapacidad. De allí que yerra el recurrente al referir que el resolutorio desconoce los antecedentes del caso, o que determina que

no corresponden los reintegros, o que no entiende de burocracias administrativas, demorando prestaciones que generan perjuicios y daños -máxime si se tiene en cuenta que aquí se trata de reintegros de gastos y atenciones pasadas, lo cual muestra el contrasentido de aludir a la eventual demora de prestación alguna-. 2.3 No obstante lo señalado, cabe decir que el avance en el análisis sustancial de los aludidos reintegros tampoco permite acoger el planteo recurrente. En tal sentido, más allá de discrepar con el criterio preopinante respecto de la aplicación de una doctrina que pretende asimilar la condición del afiliado-paciente al de un adquirente de servicios a título oneroso o la demandada al de una ?empresa comercial? -cuando, en rigor, las obras sociales no persiguen ánimo de lucro-, lo cierto es que ninguna de tales circunstancias autoriza a prescindir de la debida acreditación de los importes de los gastos sufragados, de justificar su relación con la patología padecida por el afiliado y de comprobar la debida procedencia de su cobertura por parte de la obra social demandada -o la Superintendencia de Seguros de Salud-; máxime si se tiene presente que conforme lo resalta el propio voto que abre este Acuerdo ?tampoco puede soslayarse la falta de cumplimiento del actor respecto a los trámites administrativos...? que en tal sentido debía observar, y que ?la obra social no estaba constreñida a reintegrar asistencias no ?autorizadas o justificadas?; conforme lo exige el art. 8° de la Resolución de Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) 1511/12; cuya observancia, además, quedó pactada en el convenio?, pues solo de ese modo podía la accionada acceder luego al recupero estatal. Sobre tales bases, entiendo que la decisión del juez de grado de diferir el tratamiento y decisión de estas pretensiones a la etapa de ejecución, con intervención de la Superintendencia competente, aparece como la solución que de mejor manera logra armonizar los intereses en conflicto, debiendo procederse por ello a su confirmación. 3. El criterio explicitado en el parágrafo que antecede, no sólo persuade acerca del mantenimiento inalterable de la distribución de costas en el orden causado que se dispusiera en la instancia de grado, sino que incluso pone en evidencia su justicia intrínseca, pues tratándose de una acción sustancialmente enderezada a obtener el reembolso de gastos y erogaciones, toda resolución que se pronuncie con anterioridad a la determinación concreta de la cuantía de la condena y consecuente progreso de la demanda, peca por prematura. De tal modo, entiendo que corresponde mantener tal criterio resolutivo, proyectando o extendiendo sus efectos sobre la actuación cumplida en esta instancia, donde además, el rechazo de los agravios no encuentra apoyatura en la contestación de la contraria, sino en el diferimiento que se propone confirmar. 4. Por todo lo expuesto, voto por la confirmación íntegra del fallo recurrido, con distribución de las costas de Alzada en el orden causado. A igual cuestión el Dr. Guillermo Federico Elías dijo: 1.1 Coincido con el criterio adoptado por mi colega preopinante en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que ésta no negó el reintegro solicitado, sino que difirió el cálculo de los mismos para la etapa de ejecución de sentencia, por existir un acuerdo previo entre las partes (fs. 309/310 y vta. del Expte. N° 21000380/2011). Del mismo modo, la crítica de la recurrente no se dirigió a tal diferimiento ni a los rubros que pretende se le reconozcan, sino que apuntó a justificar el incumplimiento de su obligación de colaborar -asumida en el mencionado acuerdo- en la falta de información por parte de la demandada del trámite que debía seguir para obtener las autorizaciones pertinentes, por lo que entendió que no habiendo la obra social acreditado lo contrario correspondía que el sentenciante aplique el principio indubio pro consumer. Sin embargo, no resulta válido a esta altura de las circunstancias que los actores pretendan desconocer el procedimiento aplicable, cuando del mismo acuerdo surge que se encuentra regulado por la Resolución N°1511/12 de la Superintendencia de Seguro de Salud de la Nación. 1.2 Con relación al daño punitivo solicitado corresponde tener en cuenta que tal figura, receptada por el art. 52 de la LDC, no sanciona el daño en sí mismo, sino la conducta del dañador, requiriendo para su procedencia i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor; y v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240. Respecto al primer requisito cabe aclarar que el mismo si bien es necesario, no es suficiente para imponer la condena punitiva, ya que requiere además que tal incumplimiento se haya producido por su culpa grave o dolo (Confr. López Herrera, Edgardo, ?Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis?, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro, - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949); esto último es lo que no se aprecia que concurra en autos. En ese sentido repárese que la demandada luego del dictado de la sentencia de amparo de fecha 15/03/2012 (fs. 169/173 y vta. del Expte. N° 21000380/2011), manifestó que existía de su parte voluntad de cumplir la misma, pero el afiliado no presentaba los pedidos médicos conforme a la normativa vigente e insistía en canalizar la cobertura a través de efectores ajenos al sistema, sin expresar motivos que lo justifiquen (fs. 181 y vta. Expte. N° 21000380/2011). A ello se suma que -como lo manifiesta el sentenciante- de la pruebas aportadas a la causa se constata que no existe pedido alguno de autorización a la obra social del que pueda verificarse que efectivamente los accionantes solicitaron anticipadamente y con la documentación necesaria la autorización debida para realizar las prestaciones médicas con algún prestador médico o institución elegida del catálogo o cartilla que ofrece la accionada. Resultando, además, que de la sentencia y del acuerdo al que arribaron las partes surge que la obra social demandada se obligó a dar cumplimiento con la cobertura médico integral que precisa el menor en atención a su discapacidad conforme a la Ley 24.901, no estando constreñida a reintegrar asistencias

no ?autorizadas o justificadas?, por lo que no se configuró una conducta que haga procedente la sanción solicitada. 1.3 Las mismas razones apuntadas anteriormente justifican la distribución de costas en el orden causado, por lo que ASÍ VOTO. Por lo que resulta de la votación, por mayoría el Tribunal RESUELVE: I.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación planteado por el actor a fs. 209 y en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia de fs. 199/208 y vta. II.- IMPONER las costas por el orden causado (art. 68, 2º párrafo del CPCCN). III.- REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas de la CSJN 15 y 24 de 2013 y devuélvase. Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Guillermo Federico Elías- Alejandro Augusto Castellanos- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria 034071E