Buenos Aires, 12 de junio de 2018.

VISTOS: los recursos de apelación interpuestos y fundados por: la actora a fs. 118/120, por el Sr. Defensor Oficial a fs. 122 y por la demandada a fs. 130/134 vta (concedidos en relación y con efecto devolutivo a fs. 121, fs. 123 y a fs. 135 respectivamente) contra la sentencia de fs. 115/117 vta., cuyos traslados fueron contestados oportunamente y CONSIDERANDO:

I. El Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la Sra. A.V.C., por derecho propio y en representación de su hijo menor A.M.T. y ordenó a OSDE a brindarle al niño la cobertura de las siguientes prestaciones: 1) el 100 % de escolaridad en el “Jardín Dulce de leche”, jornada simple con maestra integradora; 2) sesiones de fonoaudiología, psicología y psicopedagogía; 3) terapia con psicomotricista y 4) consultas con neurólogo infantil y psiquiatra infantojuvenil. Asimismo, aclaró que la cobertura de las mismas debe efectuarse al 100 % en caso de tratarse de prestadores propios, o con ajenos, por sistema de reintegros al valor del plan contratado por el afiliado, y/o a valores del Nomenclador de Prestaciones Básicas para las personas con discapacitado, según el caso (con excepción de la prestación “escolaridad”). Por otro lado, rechazó la cobertura de transporte, terapia ocupacional y tratamiento para la madre y su hijo según el “Módulo Integral Pannacea” en la institución “Pannacea”.

Contra dicho decisorio se alzó, por un lado, OSDE, quien arguye con respecto a la cobertura de escolaridad en un colegio privado, que resulta improcedente en virtud de que existe oferta de escuelas públicas, que fue puesta a disposición de los padres, siendo rechazada por ellos.

Por otra parte apelan la actora y la Sra. Defensora Oficial, quienes se quejan sustancialmente por la limitación de cobertura de las prestaciones otorgadas con sistema de reintegros y/o con el límite del Nomenclador y solicitan que aquélla sea “integral” con fundamento en la ley de discapacidad.

II.En primer lugar es oportuno destacar que, más allá de sus agravios, la recurrente no desconoció la condición de afiliado ni de discapacitado del menor, ni la enfermedad que padece. En concreto, no se ha cuestionado que el niño T.A.M., de 2 años de edad, afiliado a OSDE (cfr. fs. 4/5), es discapacitado en virtud de padecer “Trastornos específicos del desarrollo del habla, del lenguaje y de la función motriz-fallas de coordinación” (cfr. certificado de discapacidad de fs. 6 y certificados médicos de fs. 9/23). Asimismo a fs. 55 obra el reclamo extrajudicial efectuad a OSDE.

Dicho ello, la cuestión a dilucidar gira en torno a determinar -prima facie- y hasta que se resuelva el fondo, si las prestaciones prescriptas al menor deben ser cubiertas por la prepaga con profesionales ajenos a su cartilla, y en su caso, con qué alcance.

Cabe precisar que la verosimilitud del derecho, como requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (Corte Suprema Fallos: 306:2060; esta Sala, causa 10.578/05 del 09.12.2005 y sus citas).

Sentado lo expuesto, se advierte que la discapacidad certificada por la autoridad sanitaria sitúa al afiliado en el marco jurídico de la ley 24.091 (cfr. certif. de fs. 6); por lo tanto goza del reconocimiento diferenciado de derechos que el legislador le confirió a ese universo de personas al sancionar la ley 24.901. El contrato queda integrado, entonces, no sólo con las resoluciones administrativas concernientes a la actualización del PMO, sino también con dicha ley federal que hace inmediatamente operativa la obligación de los agentes de salud y de las empresas médicas de cubrir, en forma “integral”, las prestaciones enumeradas a partir del artículo 14, como así también los servicios específicos contemplados en los artículos 18 y ss. de dicho plexo normativo. Repárese en que la ley 26.682 (modif.por decreto 1991/11) que regula la actividad de empresas de medicina prepaga -como la aquí demandada- establece que deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, “el Programa Médico Obligatorio.y el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901” y sitúa en un mismo pie de igualdad a las empresas y a las obras sociales respecto de los servicios que unas y otras deben prestar a favor de sus afiliados. De ese modo, el particular que contrata un plan de salud no se ve desamparado por la aplicación de un criterio de neto corte privatista -esto es que se base en una suerte de numerus clausus- en punto al alcance de las obligaciones del prestador que se desentienda de la envergadura que tiene el derecho a la salud.

Por otra parte, el artículo 6° de la ley 24.901 expresamente dispone que “Los entes obligados por la presente brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados”. Con ello, no se está diciendo que dichos entes tengan las obligaciones que surjan de sus reglamentos o contratos -lo que sería una obviedad- sino que pesa sobre ellos atender las necesidades de los discapacitados por cualquiera de las dos modalidades, tendiendo a la más integral de las coberturas.

Cierto es que las leyes 24.901 y 23.660 no autorizan a prescindir de los profesionales e instituciones enumerados en las cartillas de los entes obligados; pero no lo es menos que pesa sobre estos últimos el deber de suministrarle al paciente discapacitado primero y al tribunal después, toda la información que permita juzgar sobre la idoneidad y experiencia de unos y otras frente a las necesidades del cada caso.

Desde esa inteligencia, esta Sala entiende que se debe evitar dictar fallos que se aparten de las circunstancias particulares sin tomar en consideración las condiciones que involucran no sólo los tratamientos multidisciplinarios que requieran los menores discapacitados, sino también la administración y distribución de los recursos económico-financierosde los Agentes de Seguro de Salud.

En consecuencia, corresponde concluir que no todo requerimiento relativo a prestaciones de rehabilitación relacionadas con menores discapacitados que efectúe el afiliado deben ser cubiertas en su totalidad, aún con prestadores ajenos.

De las constancias aportadas a la causa surge que OSDE ofreció la cobertura de los tratamientos requeridos por el niño, en primer lugar con prestadores propios y luego con los profesionales elegidos por la actora padres, con sistema de reintegros (en forma parcial) (cfr. fs. 73/88), lo que fue rechazado por su madre, en atención a que ellos no cubren la totalidad de los gastos a realizar.

Sobre la base de los fundamentos expuestos, se concluye que de las pruebas arrimadas a la causa no surge que la necesidad de contratar profesionales ajenos a Osde obedezca a que la obra social no se encuentra en condiciones de atender la patología del niño con prestadores propios o que éstos no sean idóneos; no habiendo tampoco la actora demostrado tales circunstancias. En consecuencia, la elección de los profesionales que actualmente atienden a A.M.T. constituye sólo un acto voluntario de sus padres cuyas consecuencias deben asumir personalmente.

Si bien resulta comprensible la aspiración de los padres a que su hijo reciba el mejor nivel de tratamiento 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).

De otra manera, cualquier afiliado podría por sí concurrir a cualquier institución asistencial y reclamar luego el reintegro de los gastos a su obra social sin limitaciones, premisa cuyo solo enunciado convence sobre su desacierto, pues se desbarataría así el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales (conf.Esta Cámara, esta Sala causa n° 10.960/07 del 16-09-08; Sala II, doctrina de las causas 1101/2000 del 6.06.2002 y 7700/2002 del 16.12.2003).

Y si bien es cierto que en supuestos particulares se han admitido excepciones al principio general en el que se asienta el régimen, disponiéndose la cobertura con prestadores ajenos a la obra social, ello ha sido cuando se acreditaron en forma suficiente las especiales circunstancias que así lo justificaban (cfr. esta Sala, causas 5450/06 del 20-7-2006 y 2179/07 del 17-5-2007) o cuando el agente de salud no tenía entre sus prestadores profesionales idóneos o instituciones adecuadas para la atención del beneficiario; de otro modo, si se admitiese la posibilidad de que éste eligiese el prestador que le resulte más conveniente, sin acreditar los referidos extremos, se desnaturalizaría el sistema sobre el cual se articula el funcionamiento de las obras sociales (cfr. esta Sala, causa 7886/06 del 5-9-2006).

En consecuencia, la solución a la que arribó el sentenciante en el sentido de ordenar la cobertura de las prestaciones requeridas por el menor discapacitado, con las siguientes modalidades: a) con prestadores propios al 100 %, y/o b) con prestadores ajenos, con sistema de reintegros según el plan contratado (en el caso de tratarse de prestaciones no incluídas en el Nomenclador), y/o c) con prestadores ajenos, a valores del Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad (Resolución N° 692/16 del 31-05-16 del Ministerio de Salud y sucesivas modificaciones y actualizaciones), (en el caso de que las prestaciones estuvieran incluídas en el Nomenclador), es la que -de acuerdo a las constancias aportadas en la causa- resulta ajustada a derecho.

Cabe aclarar que en el presente caso se ha tenido especialmente en cuenta que en las prescripciones médicas que adjuntó la parte actora no se consigna que las prestaciones deban efectuarse exclusivamente por algún profesional en particular (cfr. fs.9/23).

Lo hasta aquí resuelt o es, sin perjuicio de que si se acreditan adecuadamente nuevas circunstancias, la accionante puedan requerir una nueva decisión respecto de la cobertura integral, dada la esencial mutabilidad y provisionalidad de los pronunciamientos relativos a medidas precautorias (conf. Sala I, causas nº 3261 del 10-7-87, nº 1680 del 26-2-91 y nº 74 del 13-4-99).

IV. Finalmente y con relación a la cobertura de la prestación escolaridad, por la cual se queja OSDE, cabe destacar que la ley 24.901 establece que las Obras Sociales y empresas de medicina prepagas (cfr. ley 26.682 (modif. por decreto 1991/11) tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2), entre las que se encuentran las de Educación Inicial, definida como “.el proceso educativo correspondiente a la primera etapa de escolaridad, que se desarrolla entre los 3 y 6 años, de acuerdo con una programación.” (art. 21). En el sublite , el niño alcanzará la edad de 3 años en el mes de agosto del corriente año.

Asimismo, la Resolución nº 428/99 (que aprueba el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad) establece en el Anexo I, que “.las prestaciones de carácter educativo contempladas en este nomenclador serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad, conforme a lo que determine su reglamentación”.

Esto significa que, ateniéndonos al texto precedente (Fallos: 326:1778 ), sólo corresponde brindar cobertura de escolaridad con colegios privados -hasta el límite fijado en el Nomenclador, Resolución N° 2001/16 del 11-11-2016 del Ministerio de Saludcuando no existan establecimientos públicos que puedan recibir y atender los requerimientos del menor discapacitado.

Al respecto, se advierte que OSDE recién informó, al momento de interponer su recurso de apelación (cfr. fs.131) la existencia de escuelas públicas (que detalla) a las que podría concurrir el menor, pero sin aportar datos concretos respecto de la existencia de vacantes y -finalmente- si dichos establecimientos resultan los adecuados para la discapacidad que padece el afiliado.

Por otro lado, en el caso de autos, si bien se constata la obligación de OSDE de cubrir la prestación de escolaridad, se observa que en el certificado médico de fs. 17 se establece la prescripción de “escolaridad, jornada simple, con maestra integradora”, sin precisar una institución determinada.

En consecuencia, se propone modificar la sentencia apelada en el sentido de que OSDE deberá otorgar al niño T.A.M. la cobertura del escolaridad con el límite del Nomenclador según el Módulo “Escolaridad Preprimaria, jornada simple, categoría A”. (cfr. normativa vigente y sucesivas modificaciones).

Por lo expuesto, SE RESUELVE: Modificar parcialmente la resolución apelada en los términos del Considerando precedente, relativo a la cobertura de “escolaridad”, con costas por su orden, en atención a la forma en que se decide (art. 70 del CPCCN).

La Dra. Graciela Medina no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Defensor Oficial en su Público Despacho, publíquese y devuélvase.

GUILLERMO ALBERTO ANTELO

JUEZ DE CAMARA

RICARDO GUSTAVO RECONDO

JUEZ DE CAMARA