

Partes: B. J. S. y G. N. en representación de su hijo menor B. J. F c/ Osde s/ prestaciones medicas

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de San Martín

Sala/Juzgado: I

Fecha: 5-ago-2019

Cita: MJ-JU-M-120540-AR | MJJ120540 | MJJ120540

Se ordena a la empresa de medicina prepaga demandada asumir la cobertura del 100% de la escolaridad común en el colegio privado solicitado por los padres del menor discapacitado.

Sumario:

- 1.- Corresponde confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la acción de amparo promovida, pero modificándola en cuanto a que la demandada deberá asumir la cobertura del 100% de escolaridad común en el colegio solicitado por los padres del menor discapacitado, y respecto al tratamiento de hidroterapia, a los valores establecidos para los prestadores contratados.
- 2.- La Ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con capacidades especiales para atender a sus necesidades y requerimientos, estableciendo algunos servicios específicos ‘al sólo efecto enunciativo’; y entre otras prestaciones previó expresamente las terapias educacionales, que comprenden escolaridad y centro educativo terapéutico.
- 3.- La acreditación de la existencia de oferta de escolaridad común se trata de una prueba negativa que la Ley 24.901 no exige, en tanto el texto de la Res. nº 428/99 del Ministerio de Salud no autoriza a colocar una carga de tal magnitud en cabeza de la familia de un niño con discapacidad.
- 4.- El mero hecho de demostrar la existencia de vacante en una escuela pública no resulta suficiente a los fines de determinar si es adecuada para la patología y el tratamiento que requiere el menor discapacitado.
- 5.- Deben privilegiarse valores tales como la preservación de la salud, íntimamente relacionado con el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, así como también con el derecho a la educación a fin de que pueda ser ejercido progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, derechos estos reconocidos específicamente por la Convención sobre los Derechos del Niño .

Fallo:

San Martín, 5 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de Fs. 276/281, en la que la Sra. juez “a quo” hizo lugar a la acción promovida y ordenó a OSDE que brindara, respecto del niño B.J.F., la cobertura de la escuela común integradora de poca población por sala, con gabinete psicopedagógico y apoyo a la integración escolar hasta el pago del valor establecido por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, aprobado por Resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y sus modificatorias y la cobertura integral al 100% de hidroterapia, para el caso que dicha prestación fuera brindada por efectores pertenecientes a la cartilla.

Caso contrario, se extendería hasta el pago del valor de módulo integral simple fijado en el nomenclador antes mencionado y durante el tiempo que indicare el profesional que lo asistía.

Para así decidir, consideró en primer término que la vía intentada era la correcta, dado que se encontraba en juego el derecho a la salud de un niño con discapacidad.

Por otra parte, tuvo por acreditada la patología, la prescripción médica y la discapacidad del menor, como asimismo la necesidad de los tratamientos indicados.

En punto a la cobertura de escolaridad en la escuela San Juan El Precursor, meritó la prescripción del médico tratante respecto a su continuidad y que la demandada no acreditó la existencia de establecimientos públicos que contaren con vacantes y estuvieran en condiciones de recibir al niño.

En cuanto a la prestación de hidroterapia, señaló que la accionada no había demostrado que dicha terapia fuera inadecuada o innecesaria.

Finalmente, impuso las costas a la demandada vencida.

II.- Se quejaron, la parte actora a Fs. 282/286 Vta. y la demandada a Fs.294/298Vta.

Los accionantes se agraviaron en cuanto el “a quo” dispuso que las prestaciones solicitadas (escolaridad común en colegio San Juan El Precursor e hidroterapia con la Profesora Marisa Schenone), fueran cubiertas con tope de reintegro según lo establecido por el Nomenclador Nacional de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad en jornada doble y el Módulo Integral Simple, respectivamente.

Asimismo, consideró que el menor revestía la condición de discapacitado y que, por lo tanto, gozaba del reconocimiento diferenciado de derechos que confirió la ley 24.901, habiéndose desnaturalizado el sentido y alcance de la norma citada al imponer un límite que la legislación especial no establecía.

Por último, citó jurisprudencia, hizo reserva del caso federal y solicitó se modificara la sentencia apelada, otorgándose la cobertura integral de las prestaciones requeridas.

La demandada se agravió, por su parte, entendiendo que en la sentencia se la obligaba a brindar cualquier escuela que tuviera las características de la actual e hidroterapia con cualquier profesional que eligiera la parte actora.

Advirtió que la parte actora requirió la cobertura de escolaridad en el colegio San Juan El Precursor e hidroterapia con la profesora Schenone, pero que, sin embargo, la resolución recurrida ordenó algo distinto y que en realidad debería acotarse sólo a lo que los accionantes habían requerido, sin la posibilidad de recurrir a cualquier escuela o profesional.

Expuso que su mandante brindaba el apoyo a la integración escolar a través de prestadores contratados y que todos los establecimientos educativos -en virtud de la ley 26.206- eran integradores e inclusivos.

También se quejó porque el “a quo” solo citó la Res.428/99 del Ministerio de Salud y no estableció para la escolaridad la categoría que debía tomar a los fines de acotar el valor por jornada doble que establecía tal nomenclador.

Alegó, además, que el menor concurría al establecimiento escolar solicitado desde los 3 años de edad y recién inició el reclamo al concurrir a la sala de 5 que era cuando su médico tratante lo indicó, es decir que el menor no tenía indicación médica para escolaridad y ya concurría a dicho establecimiento.

Refirió que ofrecieron a los padres del niño asesoramiento y acompañamiento y que éstos no lo quisieron, por lo que estimó que resultaba aplicable lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “M., F. G. y otro c/OSDE s/amparo”, del 10/8/2017 , y no el precedente “R., D. y otros c/ Obra Social de la Sanidad” , citado por la juez de grado.

Manifestó, a los efectos de demostrar la existencia de oferta estatal, que de internet podía observarse que en el distrito de Vicente López había 11 jardines de infantes municipales y 18 estatales, como asimismo una escuela municipal y 24 estatales; también sostuvo que, en el distrito de San Isidro, había 12 jardines de infantes municipales y 15 estatales y una escuela primaria municipal y 33 estatales.

En cuanto a la prestación de hidroterapia cuestionó a la persona que llevaba adelante dicha prestación, manifestando que se habían ofrecido prestados contratados y la parte actora los había rechazado, por lo que no correspondía reintegro alguno.

Afirmó que la SSS tenía dicho que las sesiones de hidroterapia debían ser realizadas en pileta con profesionales de grado (kinesiólogos, terapeutas ocupacionales o psicomotricistas), por lo que la profesora de educación física requerida por los accionantes no resultaba idónea y no podían ajustarse sus honorarios a los aranceles que establecía el nomenclador.

Finalmente, hizo reserva del caso federal y solicitó se revocara la sentencia apelada.III.- De las constancias de autos se desprende que el niño J.F.B., de 5 años de edad, presenta diagnóstico de síndrome de Down, por lo cual posee certificado de discapacidad (vid Fs. 11).

Igualmente, consta el informe de su médico tratante, Dr. Eduardo M. Moreno Vivot -pediatra-, que le indicó “escuela común integradora de poca población por sala con gabinete psicológico y matrícula de apoyo a la integración escolar” (vid Fs. 5); también refirió que “se indica continuidad en la Escuela San Juan El Precursor por tener un proyecto de integración en la escuela especial de Martínez que permite la correcta articulación a los docentes, equipo de integración, favoreciendo, al estar en contacto con niños sin S. de Down u otra discapacidad la normalización de su aprendizaje, adquirir habilidades sociales, mejorar su lenguaje, continuar su crecimiento junto a sus compañeros los cuales son desde sala de 3” (vid Fs.5/6).

A Fs. 18/25 se encuentra agregado el informe escolar correspondiente al ciclo lectivo 2017, donde constan los avances logrados por el niño J.F.B.

El mismo galeno también prescribió 2 sesiones semanales de hidroterapia (vid Fs. 27 y 175) e indicó el 26/9/2018 la necesidad de continuidad en la escuela San Juan El Precursor, destacando los beneficios que traía para el niño (vid Fs. 172/173).

La institución educativa, al contestar el informe requerido por el juzgado, informó que la sala contaba con 17 alumnos y destacó la evolución satisfactoria del niño J.F. desde su ingreso al colegio, como asimismo el buen desempeño académico y cumplimiento de su propuesta pedagógica individual, con la guía y apoyatura de su acompañante externo (vid Fs. 213/213Vta.).

IV.- Ahora bien, es dable recordar que la ley nacional de Obras Sociales -23.660-, en su Art.3° previó que esos organismos destinaren sus recursos “en forma prioritaria” a las prestaciones de salud, en tanto que la ley 23.661 fijó como objetivo del Sistema Nacional de Seguros de Salud, el otorgamiento -a través de los agentes del seguro- de prestaciones de salud que tendiesen a procurar la “protección, recuperación y rehabilitación de la salud”; también estableció que tales prestaciones asegurasen, a los beneficiarios, servicios “suficientes y oportunos” (Arts. 2° y 27).

A su vez, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con capacidades especiales para atender a sus necesidades y requerimientos, estableciendo algunos servicios específicos “al sólo efecto enunciativo” (Arts. 1° y 19). Entre otras prestaciones, previó expresamente las terapias educacionales, que comprenden escolaridad y centro educativo terapéutico (Arts. 16, 17 y 25). Las leyes 24.754 y 26.682, dispusieron que incluso las empresas o entidades que prestasen servicios de medicina prepaga debían cumplir con esa cobertura.

La resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad), dispuso la cobertura de prestaciones educativas en “escuela de educación especial y/o escuela de educación común, en aquellos casos que la integración escolar sea posible e indicada” (Anexo I, puntos 2.1.6.1 y 2.1.6.2); también estableció la cobertura de “apoyo a la integración escolar”

(punto 2.1.6.3). Asimismo, estableció que estas prestaciones de carácter educativo debían ser provistas a aquellos beneficiarios que no contasen con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad.

La accionada en sus agravios alegó que la escolaridad reclamada no era una cuestión que afectare la salud del menor, y que debía resolverse con la asistencia a un colegio público.

En este sentido, tal como lo señaló la magistrada de grado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, respecto a la acreditación de la existencia de oferta de escolaridad común, que se trataba de una prueba negativa que la ley 24.901 no exigía, en tanto el texto de la Resolución n° 428/99 del Ministerio de Salud no autorizaba a colocar una carga de tal magnitud en cabeza de la familia de un niño con discapacidad (Doct. CSJN, “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, del 27/11/12).

Así, cabe destacar que OSDE no ha adjuntado informes actualizados de relevamiento escolar de los que surjan vacantes para recibir al niño J .F.B. y que dicha oferta educacional estatal sea adecuada a las características de la discapacidad (Resolución MSAL N° 428/99, Anexo I, Ap.6). Este Tribunal tiene dicho que el mero hecho de demostrar la existencia de vacante en una escuela pública no resulta suficiente a los fines de determinar si es adecuada para la patología y el tratamiento que requiere el menor (esta Sala, causa CCF N° 2104/2015, Rta. el 12/10/16).

Respecto a ello, debe tenerse presente la prescripción médica que indicó expresamente “escuela común integradora de poca población por sala con gabinete psicológico y matrícula de apoyo a la integración escolar”, no surgiendo de las constancias de autos las características de los establecimientos públicos que se detallaron en el informe de Fs.

266/266Vta. -especialmente en torno al gabinete psicológico y cantidad de alumnos por sala-, cuestión que debería haber sido investigada por OSDE, a través de su equipo interdisciplinario de Asesores del Departamento de Discapacidad, Salud Mental y Asistencia domiciliaria.

La demandada, como agente de salud, conjuntamente con su equipo de asesores, era quien tenía a su alcance todas las herramientas para llevar adelante el relevamiento de las instituciones y ofrecer a sus afiliados una propuesta concreta, ya sea entre sus efectores propios como en cuanto a los establecimientos públicos, que reunieran las condiciones necesarias para la concurrencia del menor. Máxime, cuando aparecería como improbable que este fuera el único caso dentro de los dos distritos escolares cercanos al domicilio del afiliado, en el cual se le requiere a OSDE la cobertura de la prestación de escolaridad para un niño con discapacidad.

Por otra parte, no se advierte que el establecimiento elegido por los progenitores tuviera un valor razonable o desproporcionado, ni siquiera que fuera más costoso que otros dentro de la zona de residencia, cuestiones que no fueron alegadas por OSDE, quien tampoco ofreció prueba tendiente a demostrar, a través de expertos en psicopedagogía, que existía la posibilidad de que el menor pudiera asistir a las escuelas públicas provinciales o municipales.

En estas condiciones, existiendo la mencionada indicación médica en punto a las particulares características que debía reunir el jardín y la prescripción de continuidad en el establecimiento San Juan El Precursor, debe estarse al criterio sustentado por este Tribunal en reiteradas oportunidades, donde se puso de resalto lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en la causa 94/13 (Rta. el 19/2/13) en el sentido de que el profesional de la medicina que trata la patología del paciente, es quien, previo efectuar los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados (criterio reiterado por esta Sala en la causa 18958/2016/1, Rta. el 20/10/16, entre otras).

Debe resaltarse, que se está frente a valores tales como la preservación de la salud, íntimamente relacionado con el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, así como también con el derecho a la educación a fin de que pueda ser ejercido progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, derechos estos reconocidos específicamente por la Convención sobre los Derechos del Niño (Arts. 23, Incs. 1° y 2°; 24 y 28); también garantizados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VII); la Declaración de los Derechos Humanos (Art.25, Inc. 2°); el Pacto de San José de Costa Rica (Arts. 4°, Inc. 1° y 19); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 24, Inc. 1°), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10, Inc. 3°), los que tienen rango constitucional (Art. 75, Inc. 22°).

En este aspecto, no puede soslayarse, que la prestación indicada es el medio en virtud del cual se busca la integración social y el máximo desarrollo del niño, y la resistencia de la accionada a cubrir la prestación de escolaridad, pese a la indicación médica expresa (vid Fs.21 y 22), no se condice con el objeto de las normas mencionadas precedentemente. Especialmente, si se tiene en cuenta que el niño tiene derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud” (Conf. Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

No debe dejarse de lado, que la citada Convención resulta de aplicación obligatoria en “todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 2° de la ley 26.061 (Conf. esta Sala, causa 1632/2016, Rta.el 10/10/2017 y su cita).

Así, teniéndose presente las circunstancias descriptas, lo prescripto por el médico tratante y el hecho de que la demandada no acompañó un informe actualizado de los establecimientos públicos que contaren con vacantes y que puedan ofrecer la prestación del servicio educativo en la jurisdicción del distrito escolar en el que reside el menor -con características similares al jardín petitionado-, el Tribunal considera que corresponde confirmar la cobertura ordenada, desestimándose los agravios esgrimidos por la demandada.

En lo que respecta a las quejas de los amparistas por el límite a la cobertura fijado por la “iudex a quo”, debe destacarse el criterio seguido por esta Sala en reiterados pronunciamientos en casos análogos, en torno a que, ante la falta de acreditación por parte de la accionada de oferta estatal adecuada a la discapacidad y particularidades del caso, la

cobertura que ésta última debe asumir es integral (Conf. esta Sala, causas 1632/2016 y 74080/2015, Rtas. el 10/10/2017 y 10/11/2017, respectivamente -entre otras-).

En virtud de ello, corresponde admitir las quejas de la parte actora sobre el punto y modificar parcialmente la sentencia apelada, ordenando la cobertura del 100% del costo correspondiente a escolaridad común en el Colegio San Juan El Precursor, conforme la jornada que disponga el médico tratante y mientras se mantenga tal prescripción.

V.- Respecto a la prestación de hidroterapia, OSDE se agravió afirmando que no la había negado, que había ofrecido efectores propios y que la persona que la actora pretendía mantener era una profesora de educación física, es decir, no se trataba de una profesional de la salud. Por su parte, los accionantes cuestionaron también el límite establecido por la juez de grado, requiriendo la cobertura al 100%.

Cabe observar, en torno a lo expuesto por la demandada respecto de que quien llevaba adelante la terapia no se trataba de una profesional de la salud, que el reclamo de autos apunta a la cobertura de un servicio terapéutico concreto -de estimulación psicofísica y motora- y no se dirige al desarrollo de una actividad de tipo socio-deportiva (Conf. Arg. CSJN, Causa FSM 44691/2014/2/RHI, Rta. el 14/8/2018). Además, de las constancias de autos surge que la Prof. Schenone se encuentra especializada para llevar adelante dicha terapia (vid Fs. 28/34).

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse que OSDE ofreció dos prestadores propios con cobertura integral y que acreditó en el "sub lite" que ambos se encuentran cercanos al domicilio de los actores y llevan adelante dicha terapia (vid Fs. 228/229 y 240).

Este Tribunal ha destacado que al momento de decidir judicialmente respecto de la procedencia de prestaciones médicas por fuera de la cobertura indicada por las obras sociales -y empresas de medicina prepaga-, debe evaluarse el riesgo cierto de poner en peligro la sustentabilidad económica del sistema de salud, puesto que con ello quedarían desamparados el universo de afiliados (Conf. esta Sala, causas 119/09, 2679/09 y 59058/15, Rtas. el 26/2/09, 7/10/09 y 25/11/16, respectivamente -entre muchas otras-).

Asimismo, la indicación de prestaciones médicas no implica, en principio, la libre elección de médicos y/o prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratadas por las obras sociales y empresas de medicina prepaga para la atención de sus afiliados, a fin de no desnaturalizar el sistema de funcionamiento de las obras sociales (Conf. esta Sala, causa 15444/2015, Rta. el 21/04/2017 y su cita).

En estas circunstancias, la libre elección por parte de los padres de la Prof. Schenone para llevar adelante la hidroterapia, no obliga a la empresa de medicina prepaga a cubrir el 100%, ya que no se trata de un prestador contratado y, oportunamente, se ofrecieron dos instituciones donde podía llevarse adelante el tratamiento indicado.

Así, teniéndose presente lo informado por los prestadores ofrecidos por OSDE en cuanto a su capacidad de prestar la terapia prescrita, corresponde modificar el pronunciamiento apelado y disponer que la accionada asuma la cobertura del costo de hidroterapia por

reintegro, a los valores establecidos para sus efectores contratados (Conf. criterio de esta Sala, causa 15444/2015, Rta. el 21/04/2017).

En mérito de lo expuesto, este Tribunal RESUELVE:

1) CONFIRMAR parcialmente la sentencia de Fs. 276/281, MODIFICANDOLA en cuanto a que OSDE deberá asumir la cobertura del 100% de escolaridad común en el colegio San Juan El Precursor y, respecto al tratamiento de hidroterapia, a los valores establecidos para los prestadores contratados (Conf. Consid. IV y V).

2) IMPONER las costas de Alzada en el orden causado, en atención a la forma en que se decide.

Regístrese, notifíquese, hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N.

(Acordada 24/13 y ley 26.856) y devuélvase.

MARCOS MORAN

JUEZ DE CÁMARA

GONZALO AUGUSTE

SECRETARIO DE CÁMARA

JUAN PABLO SALAS

JUEZ DE CÁMARA