

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional  
Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III  
CAUSA N° 6804/13/CA4: “B.N.D. C/OSDE S/AMPARO DE SALUD”.

Buenos Aires, 25 de agosto de 2016.

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 635/644 -concedido con efecto devolutivo a fs. 645- contra la resolución de fs. 624/624 vta., cuyo traslado fue contestado a fs. 649/657 vta. y oído la Sra. Defensora Oficial a fs. 685, y

CONSIDERANDO:

I. El señor Juez de primera instancia hizo lugar a la ampliación de medida cautelar solicitada y dispuso que OSDE le otorgue al menor D.B.N. la cobertura integral del 100 % de “escuela especial jornada simple por la tarde”, en el Centro “Comprender”, hasta que se resuelva la cuestión de fondo.

Contra decisión se alzó la emplazada quien alega que no está obligada a brindar la cobertura integral de escolaridad con prestadores ajenos, y que –en su caso- sólo podría cubrirla mediante la modalidad de reintegros conforme al plan de afiliación del actor. Asimismo, que no se hallan reunidos los presupuestos generales para justificar el otorgamiento de la ampliación de la precautoria.

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 D.B.N., de 9 años de edad, afiliado a OSDE es discapacitado en virtud de padecer “Trastorno generalizado del desarrollo” (cfr. certificado de discapacidad de fs. 602, y certificados médicos de fs. 603/609). Asimismo en la prescripción médica de fs. 609 se indica “escuela especial jornada simple” en el Centro “Comprender”.

Sentado lo expuesto, la cuestión a dilucidar gira en torno a determinar -prima facie- y hasta que se resuelva el fondo de la litis si la escolaridad especial, jornada simple debe ser cubierta por la prepaga 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).

De acuerdo con las concretas circunstancias del caso, importa 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 General Básica, definida como “...el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años de edad aproximadamente o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio especial o común...”.

Desde esa inteligencia, esta Sala, en casos análogos -con un criterio amplio- ha entendido que los Agentes de Salud debían otorgar la cobertura integral de las prestaciones de escolaridad que requiriesen sus afiliados discapacitados, sin aplicar limitación reglamentaria alguna (cfr. esta Sala, causas n° 4706/15 y 1395/14 del 10-03-15 y 16-12-14 respectivamente, entre otras).

Sin embargo, un replanteo de la cuestión persuade al Tribunal de que la decisión que ahora se adopte debe ser diferente, más precisa, en el convencimiento de que la solución jurídica correcta es otra. En efecto, corresponde evitar rigidizaciones y fallos que se aparten de las circunstancias particulares sin tomar en consideración las condiciones que involucran no sólo el aspecto educativo de los menores discapacitados sino también la administración y distribución de los recursos económico-financieros de los Agentes de Seguro de Salud.

Desde esta perspectiva y ponderando que la autoridad del precedente cede ante comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriores (conf. Fallos: 183:409; 192:414; 216:91; 292:50, entre otros, esta Sala causa 855/03 del 22/05/03), corresponde concluir que no todo requerimiento relativo a la escolaridad privada que efectúe el afiliado debe ser cubierto en su totalidad.

En este sentido, la Resolución n° 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° 692/16 del 31-05-16 del Ministerio de Salud- cuando no existan establecimientos públicos que puedan recibir y atender los requerimientos del menor discapacitado.

En el caso de autos resulta que el "Centro Comprender" al que concurre el menor no es antojadiza, en virtud de que así ha sido indicado por la profesional médica tratante del niño, al igual que su permanencia allí (conf. certificado de f. 609).

En estas circunstancias, en atención a: 1) la normativa vigente aplicable al presente; 2) que el Centro "Comprender" al que concurre el menor es un colegio privado cuyo costo asciende a once (11) cuotas de \$ 8927,65 para ciclo lectivo 2016 (ver fojas 610) y 3) que OSDE ha ofrecido instituciones alternativas (respecto de las cuales no consta fehacientemente si poseen vacantes y resultan las adecuadas a la discapacidad que requiere el afiliado), cabe tener por configurada la verosimilitud en el derecho (superficialmente valorada en esta etapa del juicio) y admitir -prima facie- la cobertura de la prestación de "escolaridad educación especial pre-escolar jornada simple categoría A" hasta el límite fijado en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, Módulo "Escolaridad Pre-Primaria. Jornada Simple, Categoría A" (ver Resolución 692/16 ya citada del Ministerio de Salud).

Esta solución es la que –de acuerdo a las constancias aportadas en la causa- resulta ajustada a derecho, sin perjuicio de que si se acreditan adecuadamente nuevas circunstancias, los accionantes puedan requerir una nueva decisión respecto de la cobertura integral de la escolaridad especial, dada la esencial mutabilidad y provisionalidad de los pronunciamientos relativos a medidas precautorias (conf. Sala I, causas n° 3261 del 10-7-87, n° 1680 del 26-2-91 y n° 74 del 13-4-99).

Todo lo hasta aquí señalado basta para modificar y otorgar hasta el límite del Nomenclador la cautelar apelada, pues el peligro en la demora en este tipo de conflictos se configura frente al riesgo que genera la privación del tratamiento médico (ver Fassi-Yañez, Código Procesal Comentado, T 1, pág.48 y sus citas de la nota n°13 y Podetti, “Tratado de las medidas cautelares”, pág.77, n°19).

Por lo expuesto, SE RESUELVE: modificar la resolución apelada y disponer que OSDE le otorgue al niño D.B.N. la cobertura de la prestación de “Escolaridad Pre-Primaria. Jornada Simple, Categoría A” en el Centro “Comprender” hasta el límite fijado en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad. Se imponen las costas a la demandada, quien resultó sustancialmente vencida.

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

Regístrese, notifíquese a las partes y a la Sra. Defensora Oficial en su Público Despacho, oportunamente publíquese y devuélvase.

GUILLERMO ALBERTO ANTELO

RICARDO GUSTAVO RECONDO