



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Causa 790/16/CA1 “Z.I. y otros c/ OSDE s/ amparo de salud”

Buenos Aires, 18 de agosto de 2016.

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado por la actora a fs. 64/73 vta., y por la Sra. Defensora Oficial a fs. 76/82, contra la resolución de fs. 61/63, cuyo traslado fue contestado a fojas 86/91, y

CONSIDERANDO:

I. El señor Juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada por el Sr. S.M.Z. y la Sra. D.A.L. -en representación de su hijo menor I.Z.- que tenía por objeto que OSDE le otorgue a este último la cobertura integral de las siguientes prestaciones: 1) escuela integradora para el ciclo lectivo 2016, rematriculación y jornada completa en la Escuela Comunitaria Arlene Fern; 2) apoyo a la integración escolar en jornada doble durante el ciclo lectivo 2016, 3) tratamiento psicopedagógico, dos sesiones semanales, 4) psicomotricidad, dos sesiones semanales; 5) consultas neurológicas periódicas, 6) cualquier prestación que se prescriba para el futuro y 7) terapia psicológica orientación padres, una sesión semanal.

Para así decidir, se fundó en la falta de acreditación por parte de los padres del menor de la inexistencia de escuelas de oferta estatal, y en que OSDE había ofrecido otorgar las restantes prestaciones con prestadores propios o con reintegros según el plan de afiliación.

Contra dicha decisión se alzó la parte actora, quien se queja por el rechazo de la cautelar, toda vez que, sostiene, ha aportado suficientes elementos probatorios para acreditar el existencia de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora oportunamente invocados. Que su pedido encuentra fundamento en la ley 24.901, Constitución Nacional, Tratados Internacionales y antecedentes jurisprudenciales.

En el mismo sentido, apeló la Defensora Oficial, en los términos que lucen del dictamen obrante a fs. 76/82.

II. En primer lugar es oportuno destacar que, no se encuentran controvertidos los siguientes hechos: 1) la afiliación del niño I.Z., de 6 años de edad a OSDE (cfr. fotocopia de carnet de fs. 15), 2) la discapacidad que padece “Trastorno del Espectro Austista” (cfr. certificado de discapacidad de fs. 1 y certificados médicos de fs. 4/7) y 3) las prescripciones médicas de las prestaciones solicitadas por los padres (cfr. documentación citada).

Por otra parte, el juez a quo intimó a OSDE á fs. 35, previo al dictado de la resolución apelada, para que manifestara respecto de si accedería a los requerimientos de los padres del niño discapacitado.

A tal efecto, OSDE señaló a fs. 48/50, respecto de la cobertura de escolaridad que sólo la otorgaría en el caso de no existir oferta pública adecuada y con relación a las demás prestaciones, le ofrecía prestadores propios o contratados a valores de reintegro según su plan de afiliación.

III. 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 las prestaciones requeridas por los padres de I.Z. deben ser cubiertas en forma integral por la prepaga.

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 prepaga (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), que 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, se puede observar que en el certificado médico de fs. 7 en donde se prescribe "escuela integradora con gabinete psicopedagógico" no consta que dicha prestación deba llevarse a cabo únicamente



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

en la “Escuela Comunitaria Arlene Fern” a la que concurre actualmente el menor. Por otro lado, tampoco ninguna de las partes ha aportado pruebas respecto de la existencia de escuelas públicas adecuadas a la necesidades del niño y que las mismas posean vacantes.

En estas circunstancias, en atención a: 1) la normativa vigente aplicable al presente; 2) que la Escuela “Arlene Fern” a la que concurre el menor es un colegio privado, de doble jornada, cuyo costo asciende a 12 cuotas más una de matrícula anual, de \$ 8.540 para el ciclo lectivo 2016 y módulo de integración, doble jornada, 12 cuotas de \$ 17.354 (cfr. fs. 8), 3) que OSDE no ha ofrecido instituciones alternativas, si poseen vacantes y si resultan adecuadas a la discapacidad del niño y 4) que no resulta aconsejable -en este caso en particular- “introducir cambios en los tratamientos iniciados cuando han tenido principio de ejecución”, circunstancia ésta que pone de manifiesto la necesidad de asegurar la permanencia y continuidad de la prestación recibida por el discapacitado (CSJN, Fallos: 327:5373), 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 primaria común con integración hasta el límite fijado en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, Módulos “Escolaridad Primaria. Jornada Doble, Categoría A” y “Apoyo a la Integración Escolar” (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 con integración solicitada, 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 la resolución apelada y otorgar hasta el límite del Nomenclador la prestación de escolaridad y apoyo a la integración escolar, 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).

IV. Ahora bien, respecto del resto de las prestaciones requeridas por los padres del menor y cuya cobertura cautelar fue rechazada por el juez de primera instancia, se advierte que no se configura en este caso el requisito de verosimilitud en el derecho invocado. En efecto, no ha existido negativa de OSDE a otorgar tales prestaciones con prestadores de su cartilla, los que fueron ofrecidos concretamente a fs. 48/50. Por otra parte, tampoco surge de los certificados médicos obrantes a fs. 4/6 que las mismas deban ser llevadas a cabo por profesionales determinados. En consecuencia, se confirma este aspecto del decisorio, al igual que el referido a las prestaciones que requiera el menor para el futuro.

Con idénticos fundamentos se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial.

Por lo expuesto, SE RESUELVE: revocar -parcialmente- la resolución apelada y disponer que OSDE le otorgue al niño I.Z. la cobertura de la prestación de escolaridad con integración hasta el límite fijado en el Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, Módulos “Escolaridad Primaria Jornada Doble, Categoría A” y “Apoyo a la Integración Escolar”. Previo a ello, la parte actora deberá prestar caución juratoria ante el juzgado de primera instancia. Las costas se imponen en el orden causado.

El Dr. Ricardo Gustavo Recondo 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.

Graciela Medina

Guillermo Alberto Antelo