

# **la empresa de medicina prepaga que proceda a dar gastos de escolaridad especial para la menor con Síndrome Down.**

## **Sumario:**

1.-Corresponde confirmar el fallo que dispuso ampliar la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenó a la empresa de medicina prepaga que proceda a dar cobertura del 100% de los gastos de escolaridad especial para la menor con Síndrome de Down, pues cuando se está ante esta particular clase de padecimientos en la salud no resulta antojadiza la pretensión de los actores de requerir a la demandada la prestación solicitada para que la menor continúe concurriendo a la escolaridad requerida, sino más bien fundada en la relación de confianza con los educadores y en el aspecto positivo del tratamiento requerido por la amparista.

2.-Las personas con discapacidad, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos.

## **Fallo:**

**La Plata, 21 de junio de 2018.**

## **Y VISTOS:**

Este expediente N° FLP 10984/2017/CA1, caratulado: "R.M.E. Y OTRO c/ ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS (OSDE) s/LEY DE DISCAPACIDAD", proveniente del Juzgado Federal de Lomas de Zamora N° 3.

## **Y CONSIDERANDO QUE:**

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la demandada, contra la resolución del juez de primera instancia que dispuso ampliar la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenó a la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), que proceda a dar cobertura del 100 % de los gastos de escolaridad en el Complejo Educativo El Jacarandá con la modalidad de integración indirecta con horario completo con maestra acompañante durante los cinco (5) días de la semana en la totalidad del horario escolar por el período Marzo-Diciembre de 2018, todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal, Art. 37 del CPCCN (v fs. 163/168 y 156, respectivamente).

II. En primer lugar, la recurrente se agravia de la ampliación de la medida cautelar, ya que sostiene que el juez de primera instancia se apartó de las leyes vigentes aplicables, no teniendo en cuenta la documentación que la normativa vigente determina a los efectos de cobertura de escuela privada común. A su vez, la Obra Social señala que varias escuelas públicas de la ciudad de Cañuelas cuentan con experiencia en integración con niños con discapacidad y específicamente con el diagnóstico que presenta la niña en las presentes actuaciones, no sólo la escuela privada "El Jacarandá". Es decir, la recurrente manifiesta que la parte actora desea que OSDE se haga cargo de la elección de una escuela privada,

cuando las escuelas públicas de la zona ofrecen las mismas posibilidades. Por último, sostiene que si bien resulta comprensible la aspiración de los padres a que su hija concurra al establecimiento educacional que consideren más adecuado, no puede soslayarse que la decisión que toca adoptar en ese ámbito, debe estar necesariamente fundada en la ley. De esta manera, manifiesta que los afiliados podrían por sí y ante sí concurrir a cualquier institución y reclamar luego el reintegro de los gastos a su obra social sin limitaciones. Sostiene que las necesidades del menor no corresponden a un acompañante terapéutico sino que se condicen con un/a cuidador/a que lo asista en las actividades cotidianas de todo niño de su edad. Por último, la recurrente

expresa que el actor no acreditó el perjuicio que le causaría al menor la falta de acompañante terapéutico, a tal punto que no pueda esperar que se resuelva la causa en cuestión, por lo tanto no existe un peligro en la demora en este caso en particular.

III. El sub examine exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud de la accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042 ; 325:3542 ; 326:970 , 1400 y 4981 ; 327:1444 ; P. 1425. XL. "Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo" , fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. "López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo" , fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo" , fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 (supl.), nro.248.; entre otros). Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del fumus se puede atenuar. Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. "Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad" , fallo del 30/09/03). En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

IV. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos. En tal sentido, el derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - "R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo" ). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339 ).

V. En ese marco, la Ley Nº 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin

discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art.1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación.". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye." (art. 2). En casos como el sub examine, la Corte Suprema de Justicia Nacional se encargó de sostener, que tal como lo expresa el artículo 1º y el mensaje de elevación, la Ley N° 22.431 instituyó un sistema de protección integral de las personas discapacitadas tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con los derechos de los discapacitados, así

como respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. El objetivo de la ley se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (v. doctrina de Fallos: 313:579). Debe tenerse en especial miramiento, de un lado, que la atención y asistencia integral de la discapacidad, como se ha explicitado en las leyes 24.431 y 24.901 y el decreto 762/97 y en jurisprudencia de la Corte Suprema que pone énfasis en los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (v. doctrina de Fallos: 323:3229; 324:3569, entre otros), constituye una política pública de nuestro país; y de otro, que lo decidido compromete el interés superior de un discapacitado, y que la Convención sobre los Derechos del Niño, a quienes en este aspecto corresponde equiparar a los discapacitados, encarece su tutela elevando aquel "interés superior" al rango de principio (v. Fallos:318:1269 ; 322:2701 ; 323:2388 ; 324:112, entre muchos otros). Conviene recordar asimismo que las personas con discapacidad, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (v. doctrina de Fallos: 322:2701; 324:122).

VI. En el caso, resulta comprobado que la menor es afiliada a OSDE, así como así como el padecimiento de un trastorno neurológico, compatible con el diagnóstico clínico de Síndrome de Down y la necesidad continuar el ciclo electivo 2018 en el Complejo Educativo "El Jacarandá. A su vez de las constancias surge el certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Sin perjuicio de las constancias obrantes en autos, anteriormente señaladas, la médica tratante de la niña fundó su petición en que la mejor concurre a la institución requerida desde el año 2015, ya habiendo transcurrido todo su nivel inicial. Por ello, sugiere que continúe su trayectoria escolar en la misma entidad educativa dado que, cuenta con una matrícula reducida, experiencia en los docentes en trabajar con niños discapacitados y tendencia hacia educación emocional incorporando el sistema de aprendizaje de inteligencias múltiples (v. fs. 8,14, 39, 141 y 150/153). Sentado lo expuesto, corresponde destacar que este Tribunal ha resuelto en numerosos precedentes que cuando se está ante esta particular clase de padecimientos en la salud, no resulta antojadiza la pretensión de los actores de requerir a la demandada la prestación solicitada para que la menor continúe concurriendo a la escolaridad en el Complejo Educativo "El Jacarandá", sino más bien fundada en la relación de confianza con los educadores y en el aspecto positivo del tratamiento requerido por la amparista (conf. ésta Sala en Expte.FLP 57037978/CA1 "P.M.R. Y OTROS c/ OSDE s/ AMPARO LEY 16.986", fallo del 7 de abril de 2016). Cabe destacar que la elección del colegio al que concurre la menor no se trata de una elección unilateral de los padres sino una decisión en conjunto con todos los profesionales que conocen y tratan a la niña, quienes mantienen la recomendación de esa institución en el tiempo. Asimismo, la situación de discapacidad de la menor y las repercusiones negativas en su salud psico-física que provoca la situación descripta, justifica la necesidad de adoptar una solución urgente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso.

Por ello, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y aún cuando la Obra Social indique que la institución que brinda educación especial a la menor no se encuentra en el ámbito estatal, la ley 24.901 dispone que tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas que necesiten los afiliados con discapacidad, en concordancia con criterios de patología. Corresponde de acuerdo a todo lo anteriormente expuesto y en consonancia con los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, el Tribunal RESUELVE:

RECHAZAR el recurso interpuesto, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución apelada. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO VICTOR REBOREDO

JUEZ DE CAMARA

ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS JUEZ DE CAMARA

**Fuente: Microjuris.com**