



Educación

La discontinuidad de la escolaridad de un menor con discapacidad cuando presenta signos de evolución favorable, puede repercutir negativamente en su estado de salud o en su evolución adecuada en el proceso educativo

H. M. A. c/ OSIM s/ incidente de apelación

03/03/2008

Buenos Aires, 3 de marzo de 2005.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada a fs. 369/374 -cuyo traslado fue contestado a fs. 385/391- contra la resolución dictada a fs. 363/vta., y

CONSIDERANDO:

1.- El señor Juez a quo hizo lugar a la medida precautoria solicitada por la parte actora. En consecuencia, ordenó a la obra social demandada que arbitre las medidas necesarias que permitan al menor M. A. H. mantener electivamente la continuidad de la prestación en el Colegio San Lucas, bajo apercibimiento de astreintes.-

Contra dicha decisión se alza la obra social.-

2.- En principio, se deben destacar ciertos presupuestos de hecho que presenta la cuestión a decidirse, a fin de enmarcarla adecuadamente y determinar el régimen legal aplicable.-



En tal sentido, es importante puntualizar que M. A. H. - afiliado de la obra social demandada - padece de un retraso mental leve que ha determinado el otorgamiento del correspondiente certificado de discapacidad (fs. 66)), lo que determina la aplicabilidad al caso de la ley 24.901.-

3.- Corresponde, pues, analizar los agravios vertidos a la luz de dicho texto legal.-

La ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, y que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1).-

En lo concerniente a las obras sociales, dispone que 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 estas prestaciones se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15); terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18). Además, contempla la prestación de servicios específicos, enumeradas al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19).-

También establece prestaciones complementarias (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 35); atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados en el art. 38; atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y que deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología (art. 39, inc. a); estudios de diagnóstico y de control



que no () estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b).-

La amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (ver arg. arts. 11, 15, 23 y 33; esta Sala, causa 7841/99 del 7-2-2000, entre muchas otras).-

4.- En ese contexto normativo, cabe concluir que la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora se encuentran acreditados en el caso, sin que resulte apropiado ni posible, en el estado liminar del juicio y en el ámbito cautelar en el que se circunscribe el planteo, avanzar sobre la cuestión relativa a la existencia de oferta educativa pública de carácter gratuito y a la incidencia que proyectaría para la solución del caso la falta de inscripción del Colegio San Lucas en el Registro Nacional de Prestadores de Servicios de Atención a las Personas con Discapacidad.-

5.- A tales electos se valora que el menor asiste al Colegio mencionado desde hace varios años con cobertura otorgada por la obra social -tal como surge de la prueba documental obrante en autos-, la recomendación médica obrante a fs. 359, y lo informado a fs. 320/321, que da cuenta de la recomendación pedagógica de la continuidad de la escolaridad actual, atento su evolución favorable, y asimismo, que no existe dentro de la Dirección del Área de Educación Especial de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ninguna Unidad Educativa de Nivel Medio.-

Por otro lado, la obra social, en sus agravios, se limitó a indicar la existencia de cuarenta y nueve centros educativos de carácter gratuito que cubren las distintas modalidades educativas que la eximen de la prestación de la cobertura reclamada, sin brindar precisión alguna.-

Tal argumento, en el examen propio del limitado marco cognitivo de una medida cautelar, no luce como adecuado y suficiente, puesto que tal como dispone en el art. 12 de la ley 24.901, cuando un beneficiario presente evidentes signos de detención o estancamiento en su cuadro general evolutivo, en los aspectos terapéuticos, educativos o rehabilitatorios, y se encuentre en una situación de cronicidad, el equipo interdisciplinario deberá orientarlo invariablemente hacia otro



tipo de servicio acorde con sus actuales posibilidades. Asimismo, cuando la persona con discapacidad presente signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación (conf. en tal sentido informe de fs. 77). A su vez, como ya se precisó precedentemente, el art. 39, inc. a, de la ley establece que será obligación de los entes que presten cobertura social, la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y que deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así lo determinen las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el art. 11 de ese cuerpo legal.-

Estas cuestiones, sólo podrán ser decididas en la sentencia definitiva y una vez que se analice toda la prueba rendida.-

En estas condiciones, no se puede descartar que la discontinuidad de la escolaridad del menor en el Colegio San Lucas, pudiera repercutir negativamente en su estado de salud o en su evolución adecuada en el proceso educativo (cfr. Cfed. La Plata, Sala 3, doct. de la causa "M., G.A. y otra en representación de M.B. c. OSECAC s. acción de amparo, del 8-5-2000, ED del 5-9-2000), lo cual basta por sí sólo para acreditar el peligro en la demora en obtener la cautela solicitada (confr. esta Sala, causa 6962/00 del 5-10-00, entre otras).-

6.- A efectos de tener por configurada en el sub lite la verosimilitud del derecho invocado, no debe olvidarse, asimismo, que este requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (cfr. Fenochietto-Arazi, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 742; esta Sala, causas 14.152 del 27-10-94, 44.800 del 21-3-96, 35.653/95 del 29-4-97, 21.106/96 del 17-7-97. 1251/97 del 18-12-97. 7208/98 del 11-3-99, 889/99 del 15-4-99. 436/99 del 8-6-99. 7208/98 del 4-11-99. 1830/99 del 2-12-99 y 7841/99 del 7-2-2000).-

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas cautelares, señaló que no exigen a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que



atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 306:2060; esta Sala, causas 39.380/95 del 19-3-96, 21.106/96, 1251/97, 436/99 y 7208/98, cit.).-

7.- Esta solución es la que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849; art. 25, inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; cfr. esta Sala causas 22.354/95 del 2-6-95, 53.078/95 del 18-4-96. 1251/97. 436/99, 7208/98, 1830/99 y 1056/99. citadas: en igual sentido, ver CS Mendoza, Sala I, del 1-3-93. voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, E.D. 153-163: C fed. La Plata, Sala 3. del 8-5-2000. ED del 5-9-2000).-

Es también la que mejor consulta las características de la actividad de las obras sociales, en la cual ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (confr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, doct. Fallos: 306:178; 308:344 y 324:3988).-

Tales fines, que hacen a la existencia y trascendencia de las obras sociales como la aquí demandada, están enunciados en la ley 23.661, de creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud, que integran aquéllas en calidad de agentes y que rige todo lo atinente a su funcionamiento (arts. 2º, segundo párrafo, y 15). Ellos son 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 en base a un criterio de justicia distributiva (conf. art. 2º. primer párrafo), todo ello en el marco del Sistema aludido, cuyo propósito es procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1º;; esta Sala, doct. causas 4339 del 16-7-2002. 1265/02 del 1-10-02 y 12.107/02 del 19-11-02).-



8- Asimismo, no es ocioso recordar, en este orden de ideas, que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que los menores y los discapacitados, "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" (confr. in re "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional", del 15-6-04).-

9.- Finalmente, resulta obvio que la inclusión de la traba de las medidas cautelares preventivas y/o ejecutivas dictadas contra los agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud dentro de la suspensión prevista en el artículo 24 del decreto 486/02, prorrogada por la ley 25.972 -invocado por la recurrente - no alcanza a la cuestión planteada en autos, por cuanto lo que aquí está en juego no es un mero derecho patrimonial del demandante sino su derecho a la salud (confr. esta Sala. doctr. causa 630/03 del 15-4-03).-

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas.-

Difiérese la pertinente regulación de honorarios hasta tanto recaiga en autos sentencia definitiva.-

Regístrese y devuélvase a primera instancia, donde se deberá notificar a las partes y a la Sra. Defensora Oficial en su despacho.//-

FDO.: FRANCISCO DE LAS CARRERAS - MARTIN D. FARRELL - MARIA SUSANA NAJURIETA