

Accion De Amparo Medida Prepaga Discapacidad Menor Prestacion Educativa Transporte Especial Beneficio Impositivo

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Medida prepaga. Discapacidad. Menor.

Prestación educativa. Transporte especial. Beneficio impositivo Se confirma la sentencia que ordenó a la empresa de medicina prepaga demandada al pago de la cobertura total del transporte especial de una menor discapacitada, en el trayecto existente entre su casa y la escuela (art. 14 ley 24901). Sin embargo, se rechazó la pretensión de cobertura de la cuota del establecimiento educativo al que asistía la menor, pues la demandada acreditó la existencia de adecuada oferta educacional estatal cerca del domicilio de la menor.

Salta, 15 de febrero de 2016. VISTO: Los recursos de apelación deducidos por la demandada a fs. 125/127 y por los actores a fs. 128/130; y CONSIDERANDO: 1.1) Que vienen las presentes actuaciones en virtud de las apelaciones de referencia efectuadas contra la sentencia de fs. 117/124 que hizo lugar parcialmente a la acción de amparo deducida por J. M. G. G. y Mariela Verónica J., en representación de su hija menor G. M. G. J., contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) y, en su mérito, condenó a la accionada a que en el plazo de 48 horas autorice a la niña la cobertura de transporte especial o remis para las necesidades especiales que se derivan de su patología. Paralelamente, desestimó la pretensión de que se le cubra el 100% del valor de la cuota del establecimiento educativo al que asiste (Escuela del Cerro). En cuanto a las costas, las impuso en el orden causado. Para resolver en el sentido indicado, el magistrado de grado, en primer término, señaló que no se encontraba controvertido el carácter de afiliados de los actores a la prepaga ni que G. M. G. J. presenta ?Hipoacusia nuerosensorial, bilateral Ceguera de un ojo, visión subnormal del otro falta del desarrollo fisiológico normal esperado Anormalidades de la marcha y de la movilidad?, por lo que cuenta con el correspondiente certificado de discapacidad. En tal marco, explicó que la cuestión a dilucidar consistía en determinar si la demandada se encontraba obligada a cubrirle la cuota de la institución educativa a la que concurre y a brindarle transporte especial. Respecto al primero de esos planteos, refirió que si bien el médico pediatra indicó que la paciente debe asistir a escolaridad común para contribuir a su integración, la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación que aprobó el ?Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad? y el decreto 762/97 que creó el ?Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad?, disponen que las prestaciones de carácter educativo serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad. Así las cosas, indicó que la demandada demostró que existen al menos dos escuelas públicas situadas en el mismo barrio en que residen los amparistas, en las que existe cupo para el grado que se dispone a cursar la menor, que cuentan con equipos interdisciplinarios y en las que los directivos se mostraron interesados en recibir a la niña y a realizar, en caso de ser necesario, las adecuaciones que se requieran. Agregó que la postura de los accionantes respecto a que un cambio de establecimiento educativo implicaría un retroceso en la rehabilitación de G., implica una mera hipótesis pues los profesionales tratantes de la niña no hicieron referencias al respecto. Por otra parte, en cuanto a la cobertura de transporte solicitada, recordó que el art. 13 de la ley 24.901 establece que los beneficiarios que se vean imposibilitados de usufructuar del transporte gratuito en transportes colectivos entre su domicilio y el establecimiento educacional o de rehabilitación, tendrán derecho a requerir su cobertura en transporte especial. En tal sentido, consideró que esa circunstancia se encontraba acreditada en el presente caso, pues se acompañó un certificado expedido por el médico pediatra de la niña en el que se consignó que esta última no está en condiciones de utilizar el transporte público. Sin perjuicio de lo expuesto, observó que la negativa de la demandada a brindar la cobertura no se fundó en esa situación, sino en que los actores adquirieron un vehículo mediante el régimen de la ley 19.279 que prevé beneficios a las personas con discapacidad para la adquisición de automotores para uso personal. Sobre este punto, el magistrado puntualizó que el rodado en cuestión obtuvo el ?Certificado de Libre Disponibilidad? por el transcurso del plazo previsto en la citada norma, lo que implicó su liberación del régimen específico al que se encontraba sometido. 1.2) A fs. 140/143 OSDE expresó su disconformidad con la resolución impugnada, sosteniendo que en el nuevo certificado de discapacidad de G. que se emitió en agosto de 2015 no se fijó al transporte entre las prestaciones que requiere la niña. Por otra parte, adujo que la constancia de libre disponibilidad del vehículo no lo ?libera? del régimen de franquicia impositiva, ya que no cesa la exención del pago del impuesto de patente. Añadió que si los accionantes se favorecieron con la compra de un automotor con un beneficio fiscal concedido con motivo de la discapacidad de la menor y con el fin de satisfacer sus necesidades de traslado, no puede también requerir que se le brinde cobertura de transporte, pues lo razonable es que ambos beneficios sean excluyentes y no complementarios. Finalmente, planteó que no utilizar el vehículo para satisfacer las necesidades de traslado de la persona discapacitada a favor de quien se lo adquirió implicaría una defraudación al fisco, toda vez que el beneficio creado por el

legislador estaría siendo utilizado con una finalidad distinta a la prevista. 1.3) A fs. 128/130 expresaron agravios los actores, cuestionando que no se haya estimado procedente la cobertura de la cuota de la Escuela del Cerro. Al respecto, alegaron que la niña asiste a ese establecimiento desde primer grado, habiendo generado vínculos de confianza y afecto con compañeros, maestros y personal de la escuela y reconociendo también el edificio de la institución, lo que resulta importante dadas sus dificultades en la visión y en la movilidad. Por lo expuesto, concluyeron que un cambio de establecimiento de la menor significaría un retroceso en su aprendizaje e integración, sin que OSDE hubiere garantizado lo contrario. Por último, observaron que si su recurso recibe favorable acogida, deben imponerse íntegramente las costas del proceso a la demandada. 1.4) A fs. 132/133 la empresa de medicina prepaga contestó agravios, señalando que no es su obligación probar ni demostrar que no existen riesgos para la niña por el cambio de establecimiento. Explicó que se limitó a cumplir su carga de acreditar que existe una oferta educativa pública y gratuita a la que puede acceder G. y que, en caso de que sus padres optaren por un establecimiento privado, el costo debe ser afrontado por ellos. En esa línea de razonamiento, argumentó que si se siguiera el criterio propuesto por los actores, cualquier afiliado podría asistir a la institución privada que desee sin consultar a la obra social, para luego -una vez adaptado el menor- exigirle a ésta última que abone la cuota. 1.5) A fs. 136 se tuvo por presentado fuera del plazo legal el escrito de contestación de agravios de los accionantes. 1.6) A fs. 138/139 el Asesor de Menores e Incapaces entendió que debía desestimarse el recurso interpuesto por OSDE. 1.7) A fs. 140/144 el Sr. Fiscal General Subrogante consideró, remitiéndose en cuanto a los argumentos a su dictamen de fs. 108/115, que correspondía admitir la pretensión de que se brinde cobertura de la cuota de la Escuela del Cerro, debiendo rechazarse la solicitud relativa al transporte especial. 2) El derecho a la salud -y en especial en el caso de una persona discapacitada- se halla protegido por un amplio marco de disposiciones de carácter constitucional, como el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (art. 12) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25). En el plano infraconstitucional, la persona con discapacidad se encuentra amparada por las previsiones de la ley 22.431 (art. 2) y de la ley 23.661. A lo que cabe añadir que la ley 24.091 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas inmersas en tal situación, contemplando 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, la norma 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). Asimismo, la ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que tiene por objeto "... promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (art. 1). A su vez, dado que se encuentran en juego los derechos de una menor, la misma goza de un doble régimen especial de protección, no sólo de acuerdo a las normas de protección de la discapacidad, sino también de los derechos del niño (conf. citado art. 75, inc. 23 Const. Nac.). 3) Que no se encuentra controvertido que la niña G. M. G. J., nacida el 27 de mayo de 2004, padece "Síndrome de Charge" (fs. 9 y 31/33), lo que le ocasiona "Anomalías de la marcha y de la movilidad Ceguera de un ojo, visión subnormal del otro, Alteraciones del habla, (...) Hipoacusia neurosensorial, unilateral con audición irrestricta contralateral" (fs. 55), por lo que cuenta con el correspondiente Certificado de Discapacidad (fs. 7 y 55). En tal marco, el Sr. José María García Glucklich y la Sra. Mariela Verónica Jeifetz, en representación de su hija G., promovieron el presente amparo a fin de que la empresa de medicina prepaga le brinde cobertura del 100% de la cuota del establecimiento educativo al que asiste la menor (Escuela del Cerro) y transporte especial y/o remis para las necesidades que derivan de su patología. Admitida la acción sólo en lo relativo a este último aspecto de la pretensión, apelaron ambas partes. 4) Por una cuestión de orden metodológico corresponde atender en primer término las críticas de los actores. Con respecto a la escolaridad la ley 24.901 dispone que las obras sociales, y también las empresas de medicina prepaga, 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" (art. 22). Por su parte, la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social, que aprobó el "Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad", en el art. 6° del Anexo I dispone que "Las prestaciones de carácter educativo (...) serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad" (resaltado añadido). A su vez, el decreto 762/97 que creó el "Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad" establece que "Las prestaciones educativas recibirán cobertura en aquellos casos que la misma no esté asegurada a través del sector público?". En tal contexto, se ha sostenido que, de conformidad con la doctrina sustentada por el Máximo Tribunal in re "R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad", la "demostración de esa oferta recae inicialmente en la entidad que presta los

servicios de salud? (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, ?T. L. V. c/ OSDE?, del 18/12/14, www.cij.gov.ar), toda vez que no resulta razonable exigir una prueba negativa que resulta de muy difícil producción. Así las cosas, y tal como lo indicó el magistrado de primera instancia, esa carga fue efectivamente cumplida por la demandada, pues los propios actores acompañaron copia del informe encomendado por OSDE a un equipo interdisciplinario (psicopedagoga y trabajadora social) que dio cuenta de la existencia de dos escuelas (N° 4027 y 4643) cercanas al domicilio de la niña con facilidades de acceso, equipos interdisciplinarios especializados y disponibilidad de matrícula. Es trascendente reparar que respecto de la Escuela N° 4027 B. Dávalos Aviles se destacó que ?... los docentes tienen conocimientos y experiencias en los procesos de integración escolar (...) La escuela cuenta con un equipo interdisciplinario externo del programa estatal (...) formado por una fonoaudióloga, psicóloga y psicopedagoga. Se pudo observar una apertura y predisposición a recibir a G. en el caso de ser necesario, comprometiéndose a realizar las adecuaciones requeridas de tipo curricular (...) de forma o de acceso. (...) el trato y la educación resultan muy personalizados debido a los grupos reducidos y al compromiso de directivos y docentes?. En tanto de la Escuela N° 4643 Dr. Joaquín Castellanos se precisó que ?... cuenta con un equipo interdisciplinario conformado por psicóloga, fonoaudióloga y psicopedagoga que asiste 3 veces por semana. Desde la dirección se demostró un gran interés en recibir a G. de ser necesario y predisposición a brindarle una oferta educativa que se adapte a sus necesidades ...? (fs. 25/26). A su vez, en el expediente obra un informe suscripto por la Coordinadora de Educación Especial del Gobierno de la Provincia de Salta en el que se comunicó que ?... si bien todas las escuelas públicas de gestión estatal deben garantizar el derecho a la educación de todos los estudiantes con y sin discapacidad, teniendo en cuenta las características de la niña y la zona en la que vive se sugieren las siguientes escuelas ...? N° 4643, 4646, 4027, 4011, 4021, 4644 (fs. 103/106). 4.1) Ahora bien, acreditada la existencia de oferta educacional estatal adecuada para recibir a la niña, los actores centraron sus agravios en las eventuales consecuencias negativas que tendrían para la menor un cambio de establecimiento. Sobre el particular, cabe referir que además de que no se trata de un supuesto que contemple la reglamentación para apartarse del principio general, lo cierto es que no se demostró el invocado riesgo, ya que el certificado suscripto por el médico pediatra de la menor se limita a indicar que debe ?asistir a escolaridad común? (fs. 33), sin especificar ninguna institución en particular ni hacer referencia a los riesgos de un eventual cambio de establecimiento. A lo expuesto, cabe agregar que nos encontramos próximos al inicio de un nuevo ciclo lectivo, momento que resulta el más conveniente para realizar un cambio de estas características, pues el paso de la niña a un grado superior -aun cuando continúe en la misma institución- inevitablemente implicará cambios, como los docentes que frecuentaba o el aula a la que concurría, por lo que corresponde confirmar este aspecto de la sentencia. 5) Restan tratar los agravios de la prepaga relativos a la condena a que brinde cobertura de transporte especial o remis para las necesidades que deriven de la patología de la menor. El art. 13 de la ley 24.901 prevé ?... los beneficiarios (...) que se vean imposibilitados por diversas circunstancias de usufructuar del traslado gratuito en transportes colectivos entre su domicilio y el establecimiento educacional (...) tendrán derecho a requerir de su cobertura social un transporte especial, con el auxilio de terceros cuando fuere necesario?. Esa imposibilidad se encuentra demostrada a partir del certificado suscripto por el médico pediatra Dr. Antonio Salgado, quien luego de repasar las limitaciones que afectan a G. García -discapacidad visual del 80%, del oído derecho del 70%, torpeza motora global, trastorno de la marcha, centro de equilibrio afectado, nula fuerza muscular para sujetarse- concluyó que ?... no está en condiciones de utilizar el transporte público ...? (fs. 31). Sentado lo que antecede, cabe señalar que los agravios de OSDE sobre este punto se sintetizan en dos cuestiones: a) que el último certificado de discapacidad -emitido en agosto del 2015- (fs. 55) no contempla al transporte entre las orientaciones prestacionales; y b) que no se analizó correctamente que los actores adquirieron un vehículo con los beneficios de la ley 19.279, sin que tenga incidencia el hecho de que obtuvieron certificado de libre disponibilidad. 5.1) Respecto al primer planteo, debe destacarse que aún cuando en el certificado de discapacidad agregado a fs. 55, que es el que tiene vigencia, no se ha consignado dentro de la ?orientación prestacional? al transporte, como sí preveía el documento de fs. 7 -certificado vencido-, no constituye éste un elemento suficiente por sí solo para deslindar de responsabilidad a la accionada respecto de la prestación solicitada. En efecto, de acuerdo al art. 10 de la ley 24.901 ?la discapacidad deberá acreditarse conforme a lo establecido por el artículo 3° de la ley 22.431 y por leyes provinciales análogas?. A su vez, el citado art. 3 de la ley 22.431, sustituido por el art. 1 de la ley 25.504, dispone que ?El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar?. Vale decir que dentro de las especificaciones que obligatoriamente deben consignarse en el certificado de discapacidad no se ubica la indicación del transporte especial, por lo que corresponde merituar las circunstancias personales del infante en orden a determinar si puede o no utilizar ese servicio (en igual sentido, Cámara Federal de Salta, ?Villafañe Mónica Lorena -en representación de M. C.- c/ OSMTT?, del 1/12/11). Además, teniendo en cuenta la clase de discapacidad que presenta G., resulta inverosímil que por el mero transcurso del tiempo hayan

desaparecido las razones por las cuales en el certificado anterior se dejó establecida su necesidad de hacer uso de transporte especial.

5.2) En lo atinente al segundo aspecto, se considera que la posibilidad de una persona con discapacidad de contar con un transporte especial -tal como lo dispone el citado art. 13 de la ley 24.901- no es incompatible con los beneficios impositivos dispuestos por la ley 19.279 (Régimen de adquisición de automotores para lisiados), pues dichas normas no prevén que se trate de beneficios excluyentes, sin que pueda presumirse la ?imprevisión?, ?olvido? e ?inconsecuencia? del legislador (Fallos: 258:75, 295:439; 297:218, entre otros). En este mismo sentido, se sostuvo que ?... de la ley 19.279 y su reglamentación que contemplan el beneficio de adquisición de un vehículo con facilidades o con eximición de gravámenes, dada la amplitud de finalidades con que fue establecido no surge ello como excluyente de la obligación legal a cargo de las Obras Sociales establecida por la Ley 24.901, razón por la cual no corresponde interpretar la legislación en perjuicio del menor que en estas particulares circunstancias vería directamente afectada la atención de su salud ...? (Cámara Federal de Rosario, ?Gorosito, Valentín c/ OSDE, del 7/04/10); y que ?... la ley 24.901 (...) establece como único requisito para acceder a la cobertura de transporte especial, que el beneficiario se vea imposibilitado por diversas circunstancias de usufructuar del traslado gratuito en transportes colectivos entre su domicilio y el establecimiento educacional (...) lo que no resulta incompatible con la adquisición de un vehículo automotor con la franquicia que prevé la ley 19.279 por parte de sus padres, toda vez que ambas situaciones resultan complementarias ...? (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, ?A. N. F. c/ OSDE?, del 22/10/13; de forma concordante también se pronunció la Sala II de esa misma Cámara en los autos ?G. L. S. c/ OSDE?, del 18/05/12, microjuris.com). Esa interpretación se refuerza por las circunstancias particulares del presente caso, pues según el ?Informe Social? efectuado por la Lic. Giménez (que tuvo por finalidad conocer aspectos de la realidad socio-económicos y familiar de la menor) la madre de la niña, que es quien realiza el traslado al colegio diariamente, expresó ?... la necesidad de incluirse nuevamente en el ámbito laboral, a fin de acrecentar sus ingresos y colaborar con la economía familiar? (fs. 16). En tales condiciones, y toda vez que su padre también trabaja (como técnico en publicidad, siendo por el momento el único sustento económico del hogar), se juzga que forzar a los padres a que renuncien a la posibilidad de realizar una tarea remunerada para dedicarse a transportar diariamente a la niña, resulta una exigencia que sobrepasa el límite de la razonabilidad. Por las razones expuestas, cabe confirmar este aspecto de la resolución recurrida. Por ello, se RESUELVE: I) RECHAZAR los recursos de apelación deducidos por los actores y la demandada y, por consiguiente, confirmar el decisorio de fs. 117/124. Con costas dealzada por el orden causado habida cuenta la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 71 del CPCCN, aplicable al amparo por conducto del art. 17 de la ley 16.986). II) REGÍSTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvase. Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Guillermo Federico Elías- Alejandro Augusto Castellanos- Jueces de Cámara -Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria

Correlaciones: Ley 24.901 - BO: 05/12/1997 Ley 12.279 - BO: 08/10/1971
005820E