

## La Obra Social deberá incluir como familiar a cargo al hijo de la esposa fallecida del Afiliado

Se ordenó a OSPE que incluya al hijo adolescente con discapacidad de la esposa fallecida del actor como familiar a cargo de este último, debiendo acreditar el cumplimiento de lo ordenado en el plazo de 24 horas.

Fallo completo:

M. F. F. E. F. s. Determinación de la capacidad jurídica /// Juzg. Fam. N° 7, La Plata, Buenos Aires; 13/07/2020;

AUTOS: M. F. F. E. F. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA, traídos a despacho a fin de resolver el pedido efectuado por el Sr. M. O. I. L. en su carácter de apoyo de F. E. F. M. F. conforme resolutorio de fecha 22 de mayo del corriente. Y VISTOS: Se presenta el Sr. M. O. I. L. con el patrocinio letrado del Dr. Nelson Denis Saralegui y manifiesta que "la OBRA SOCIAL OSMATA ha dispuesto la baja de F. E. desde el cuatro de junio del año en curso"

Asimismo agrega que "la obra social OSPE, a la cual me encuentro afiliado (adjunto recibo de sueldo), rechazó la inclusión de F. E. a mi cargo, aduciendo que fui designado como apoyo, "no como tutor ni bajo guarda"

Habiendo tomado conocimiento de dicha resolución en fecha 2 de julio del corriente, y siendo que F. que necesita con carácter imperioso la cobertura de la obra social, solicita ordene a la Obra Social de Petroleros -OSPE- que incorpore como familiar a cargo.

CONSIDERANDO:

I. En su presentación inicial, el Sr. L. manifiesta que se encontraba en pareja con la Sra. C. F., desde el año 2012, hasta su fallecimiento y que "considera F. - hijo biológico de C. es mi hijo del corazón"

En virtud de ello, ponderando la satisfacción del interés superior de F., mediante el resolutorio referido se designó al Sr. L. como apoyo provisorio en los términos y alcances del art. 34 CCC. "Habida cuenta de la situación expuesta, no hacer lugar a lo solicitado colocaría a F. frente a la desprotección jurídica puesto que frente al fallecimiento de su mamá y apoyo no contando con otros familiares directos que puedan hacerse cargo, se impone la consideración de aquellos referentes afectivos que puedan responsabilizarse de sus cuidados, brindándole la atención que merece frente a su complejo cuadro de salud, propendiendo a su recuperación y calidad de vida adecuada.

Es así que el Sr. L. aparece como aquella persona que no sólo ha quedado materialmente al cuidado de F., sino que es su deseo responsabilizarse por el mismo y cuidarlo tal como lo viene haciendo junto a su progenitora desde que han conformado la familia que hoy ha sufrido la pérdida de uno de sus miembros. Que así se impone el reconocimiento de los vínculos en la designación de los apoyos tal como se desprende del texto del artículo 43 del Código Civil y Comercial cuando hace mención de aquellas personas de confianza cuya función será "promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos" y donde el Sr. L. aparece como una figura estable en la vida y desarrollo de F. y con la intención de asumir ese rol".

II. Se presenta hoy el Sr. L. a fin de poner de manifiesto la negativa efectuada por su obra social OSPe frente a la solicitud de incorporar a F. como familiar a cargo, atento según se desprende de dicha presentación, no ser "tutor ni guardador" del adolescente.

III. La Ley nacional 23660 establece que quedan incluidos en calidad de beneficiarios de las obras sociales los grupos familiares primarios de los afiliados obligatorios enumerados en el art. 8 de ese cuerpo legal, aclarando que dicha extensión incluye -entre otros- a los hijos del cónyuge.

Asimismo, la norma citada en su artículo 9, inc. b), agrega que quedan incluidos en calidad de beneficiarios "las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar".

A su vez, la Ley de Medicina Prepaga 26682 en su art. 14, inc. b), menciona como incluidos dentro de la cobertura del grupo familiar a "la persona que conviva con el afiliado titular en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y sus hijos, según acreditación que determine la reglamentación".

VI. En el caso de autos, el Sr. L., reviste el carácter de progenitor afín de F. según la definición contenida en el Código Civil y Comercial art. 572 " Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente" ello por cuanto se encuentra, responsabilizándose por los cuidados y atención del joven desde que iniciara la convivencia con su madre, hoy fallecida; responsabilidad de la que no se abstrae a la fecha, requiriendo por parte del Estado el reconocimiento de su rol y solicitando en virtud de ello poder continuar asistiendo y cuidando a F. con quien convive.

V. Que con el objeto de dotar de seguridad jurídica a su solicitud se designó al mismo como apoyo de F., atento la existencia de una resolución que restringe la capacidad del mismo en los términos del art. 32 primera parte y concordantes del Código Civil y

Comercial.

Por lo tanto, nos encontramos ante un doble rol que el Sr. L. ejerce respecto del joven F., progenitor afín y apoyo del mismo en los términos y alcances del art. 34 Código Civil y Comercial.

VI. En dicho sentido cuando el artículo 34 se refiere a medidas personales o establecidas en protección de las personas, se pueden incluir aquí todas aquellas dirigidas a la protección de la salud y de los derechos personalismos de la persona involucrada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado, el derecho a la preservación de la salud de la personas, y más aún las afectadas en su salud mental destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad publica de garantizar este derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (CSJN, Fallos. 321:1684)

VII. La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce que "el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad" así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a "alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él" (conf. art. 23).

VIII. De igual manera la Convención reconoce en su artículo 24 "el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud " y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (conf. art. 27.1). Para ello, los Estados partes "adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (art. 27.3).

"La vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art.33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. Es por ello que corresponde a los Jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con la tutela de orden constitucional" (C.S.J.N. Fallos 324:122 y sus citas) (I. E. R. c/ Caja Forense de Santa Fe s/ amparo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, 1-sep-2019)

Siendo que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". En tal sentido, los menores, máxime cuando se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, requieren la especial atención no sólo de quienes están obligados a su cuidado sino la de los jueces y de la sociedad toda, pues, la consideración primordial del interés superior del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos que los conciernen, viene a orientar y condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de tales casos. (CS, 20/2/2007, "Gallardo, Guadalupe y otros c. Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso", DJ, 200--999).

IX. Por último, cabe destacar la definición que de Familia se efectúa en el Decreto Reglamentario 415/2006, de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 26061, en su art. 7 describe que "se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario" y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada".

X. De todo ello se desprende, que hoy F. y el Sr. L. constituyen un grupo familiar que se ha ensamblado a raíz de la relación de pareja con la Sra. F., que se mantiene hoy a partir de la vinculación de afecto que existe entre ambos y han llevado al peticionante a buscar el reconocimiento jurídico del mismo a fin de poder continuar cuidando de F. sin obstáculos legales.

Que es la obra social OSPe, al negar la afiliación como familiar a cargo del Sr. L. del joven F. amparándose en una interpretación sesgada del plexo normativo vigente, quien interpone un obstáculo al derecho humano a la salud y trato no discriminatorio de F.

En virtud de ello, y por los fundamentos expuestos,

RESUELVO:

I. Ordenar a la Obra Social OSPe la inclusión del joven F. E. F. M. F. como familiar a cargo del Sr. M. O. I. L. debiendo acreditar

dicha inclusión en autos dentro del plazo de 24 horas.

II. Dése vista a la Sra. Asesora de Incapaces interviniente REGISTRESE. NOTIFIQUESE

Karina A. Bigliardi.