NEUQUEN, 19 de abril del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"FABI JOSE MARIA Y OTRO C/ I.S.S.N S/ INCIDENTE DE APELACION"**, (**OPANQ2 INC** Nº **9011/2017**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Jorge **PASCUARELLI** en legal subrogancia (conf. Ac. 14/2017), con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la **Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:**

I.- Contra la resolución dictada a fs. 96/104 vta., que ordena al ISSN que de lo que resta del ciclo lectivo 2017, abone por reintegro o a través del mecanismo que resulte pertinente la cuota mensual de la Fundación Escuela del Valle en concepto de concurrencia al establecimiento de B., la demandada interpone recurso de apelación a fs. 107/119, cuyo traslado ordenado a fs. 120, es contestado por los actores a fs. 247/248, luciendo a fs. 254 el dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes.

Con fecha 27/12/2017 fue dictada la ampliación de la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva, frente a la cual la demandada interpuso también recurso de apelación, por el que se procedió a la formación de otro incidente (INC. 9066/2018), expresando agravios el ISSN a fs. 134/140 y cuyo traslado ordenado a fs. 141 no es contestado por la contraria; expidiéndose a fs. 144 la Defensora de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

II.- Incidente 9011/2017. Se agravia la demandada invocando la ausencia de requisitos para hacer lugar a la medida, alegando que la magistrada reconoce que no ha encontrado la presencia de uno de los requisitos esenciales para declarar la admisibilidad, lo cual resulta suficiente para revocar la presente medida, y menos aun cuando tampoco ha

prestado caución juratoria, citando la causa “Levilaf” de esta Sala, donde se revocó la medida cautelar por considerase que no fue acreditada ni la urgencia ni la verosimilitud del derecho, solicitando sea revocada la medida.

También invoca lesión a las facultades reglamentarias, de control y auditoria del ISSN, ya que de la documental requerida que fuera acompañada surge que las prestaciones asistenciales que su parte otorga en materia de discapacidad no se encuentran incluidas en tal normativa la prestación objeto de autos.

Critica que la a-quo haya considerado que no existe certeza de aplicación de la Resolución nacional que aprueba el nomenclador en el ámbito provincial porque contrariamente a ello, se acompañó la resolución N° 368/2006 y su anexo de norma, que aplica un Plan de Discapacidad de Funcionamiento de la Unidad Ejecutiva de Discapacidad del ISSN, es decir las prestaciones otorgadas por ISSN en materia de discapacidad, normativa que se encuentra realizada en base a leyes provinciales, nacionales y convenios internacionales.

Manifiesta que existe limitación de competencia de la obra social, al implementar el Plan “D”, con cobertura al 100% del tratamiento de rehabilitación integral de afiliados con discapacidad, desde el punto de vista médico–asistencial, quedando fuera del nomenclador la cobertura de prestaciones de carácter educativo, pedagógico como cualquier obra social.

Expresa que esta condena de la obra social, atenta en forma grave e irrazonable contra las facultades de auditoría y control de ISSN, ya que resultaría imposible auditar el desempeño de un establecimiento educativo, obligándose a la obra social a financiar de forma arbitraria un sistema educativo elegido también arbitrariamente por

particulares sin otorgarle siquiera la posibilidad al ISSN de defensa, desconociendo absolutamente el sistema legal de la obra social.

Manifiesta que a pesar de ello y violentado el derecho de defensa de su parte, al invertir la carga de la prueba, el a-quo insta al ISSN a tratar de acreditar la existencia de otra oferta educativa adecuada para Bianca, cuando los verdaderos responsables de hacerlo (los accionantes), ante el organismo competente, no lo efectuaron.

Transcribe jurisprudencia nacional.

Sostiene que la ley 24.901 es clara, ya que estipula en su art. 22 que los organismos competentes en materia de educación son los encargados de contemplar los aspectos de integración en escuela común en todos aquellos casos que el tipo y grado de discapacidad lo permita.

Expresa que la actora ha omitido probar de qué forma todo el sistema educativo de la Pcia. de Río Negro (lugar de residencia de la menor), no cuenta con escuelas -en cualquiera de sus modalidades- con un proyecto inclusivo.

Asimismo, que tampoco se encuentra acreditado que la menor haya sido excluida del sistema educativo de Río Negro y Neuquén, trasladando a la obra social asumir el pago de la misma, sin argumento ni prueba que lo justifique.

III.- Incidente N° 9066/2018. Los agravios resultan en casi su totalidad una reiteración con los precedentemente señalados.

IV.- Preliminarmente y teniendo en cuenta la existencia de dos incidentes, el presente, iniciado a fin de tramitar la apelación de la medida cautelar, y el posterior (INC 9011/2017), formado para el tratamiento de la ampliación temporal de la mencionada medida cautelar (hasta el dictado de

la sentencia definitiva en el amparo, Expte. N° 100.024/2017), en atención a la conexidad entre una y otra cuestión y por el principio de economía procesal, corresponde disponer en este estado la acumulación de ambos incidentes, a fin de dictar un único pronunciamiento, debiendo efectivizarse en el INC 9011/2017, atento a resultar la cuestión que se ventila en el incidente 9066/18 accesoria de aquél.

V.- Sentado ello, paso al estudio de los recursos.

En primer lugar, debo señalar que sólo consideraré a los fines de ambos recursos los agravios que apunten a los recaudos de la medida cautelar o a la falta de ellos, en atención a que el contenido de la medida en sí deberá ser evaluada en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva; tal ha sido mi criterio en la causa “Labrin” (INC N° 1063/2017, del 12/12/2017), similar a la presente.

Ahora bien, comenzando por la queja referida a la medida cautelar, considero que la misma no resulta procedente.

En efecto, en cuanto a la verosimilitud del derecho, si bien la jueza no lo menciona expresamente, de la documental obrante en autos y que no ha merecido observación alguna, resulta un hecho reconocido la patología que presenta la menor B. (Síndrome de Down), y la prescripción médica de insertarla en una “escuela común con proyecto de inclusión” para mejorar cada día su trayectoria escolar (conf. resumen historia clínica elaborado por el Dr. Raúl Colombino, obrante a fs. 7 de ambos incidentes).

Asimismo, conforme surge del informe elaborado por el equipo de profesionales de la Fundación Naceres (obrante a fs. 8/10 de ambos incidentes), a la cual concurre la niña, se señala que la Escuela del Valle “brinda elementos de seguridad e inclusión en la dinámica familiar, brindando

directamente bienestar y un ambiente facilitador para los procesos de aprendizaje de B., que aunque descendidos, son plausibles de llevar a cabo".

En dicho informe también se detallan los trastornos de la menor: "trastorno desintegrativo infantil", "problema de relación asociado a un trastorno mental o a una enfermedad médica", "problemas relativos al grupo primario de apoyo y relativos al ambiente social".

A mayor abundamiento, en la sentencia dictada en el amparo (expte. n° 13125/2003, Juzg. Familia N° 2, del 02/06/2005), que se encuentra firme, se sostuvo que:

"Ahora bien, ha quedado sobradamente probado que la niña requiere prestaciones que no pueden calificarse como estrictamente médicas, sino que son de orden psicopedagógico y asistencial, pero que hacen a su rehabilitación integral y evidentemente a su más alto y completo desarrollo en el límite de sus capacidades para posibilitar la integración en la sociedad de las personas con capacidades diferentes. Y este es un derecho que debe ser reconocido y respetado."

"FALLO: I.- Haciendo lugar a la demanda promovida por José María Fabi y Viviana Janneth Romera en representación de su hija B. F. afectada por síndrome de down, disponiendo que el ISSN arbitre los medios necesarios para cubrir mediante el sistema de módulos, el porcentaje del 100% de las prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación que la niña efectúe en el centro de su elección, aún cuando éste no revista el carácter de prestador de la misma…".

En cuanto al peligro en la demora, advierto que si bien es cierto que la jueza refiere, en primer término, que no fue alegado por los progenitores que la falta de cobertura por parte de la obra social importe la interrupción del proceso de escolarización de la niña, concluye luego en que la

necesidad de dar una respuesta rápida al requerimiento de la prestación educacional está dada por su condición de persona sujeto de preferente tutela (en el que confluye su discapacidad y su adolescencia junto con el sistema protectorio de derechos humanos), argumento éste que no ha merecido ninguna crítica concreta y razonada por parte del ISSN, por lo cual, se impone el rechazo de esta queja.

Con respecto a la caución juratoria, cuyo incumplimiento denuncia la demandada, debo señalar que la misma fue prestada por ambos actores (conf. fs. 120 del INC 9066/18 del 18/05/2017), bien que con posterioridad a la presentación del memorial (fs. 119 del INC 9011/17, 12/05/17).

Por otra parte, como lo señalé en la ya mencionada causa “Labrin”:

“Es que, tal como sostuvo esta Sala anteriormente, “En tales condiciones, y recordando que este Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado el peligro en la demora, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan (conf. causas 6655/98 del 7.5.99, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 1830/99 del 2.12.99, 1056/99 del 16.12.99 y 7841/99 del 7.2.20; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota nº 13 y Podetti, Tratado de las medidas cautelares, pág. 77, nº 19), el mantenimiento de la medida solicitada, hasta el dictado de la sentencia definitiva, es la solución 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 (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; conf. esta Sala, causas 22.354/95 del 2.6.95, 53.078/95 del 18.4.96, 1251/97 del 18.12.97, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 53/01 del 15.2.2001)…es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los intereses de los actores fundados en un derecho verosímil y su derecho a la salud y el derecho constitucional de defensa del demandado…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala/Juzgado: I . Fecha: 13-mar-2014 O. A. M. G. c/ OSDE s/ recurso de apelación"), ("TRAMAGLIA ESTEBAN PABLO C/ ISSN S/ AC. AMPARO INC. DE ELEVACION" (AUTOS 65269/14)", INC Nº 636/2014)."

"Al respecto, la Sala II sostuvo en un precedente similar: "En cuanto al peligro en la demora, dada la enfermedad del menor, este se configura con la sola posibilidad de que el retardo en el tratamiento indicado produzca un daño de imposible o dudosa reparación posterior,

supuesto que se advierte –prima facie- en el caso de autos por tratarse de una cuestión de salud vinculada con un niño con discapacidad", ("GASSER ADRIANA MARIA Y OTRO C/ ISSN S/ ACCION DE AMPARO S/ INCIDENTE DE ELEVACION", JNQFA1 INC Nº 1301/2017)".

Trasladando estos conceptos al caso de autos y en atención al contenido, tanto del informe ya reseñado del Instituto Naceres como de la evolución de B. en su insertación escolar informada por la Directora de Escuela del Valle (fs. 28/29), considero que *prima facie* se podrían ver afectados los logros que ha obtenido la niña ante la posibilidad de suspenderse su concurrencia a la mencionada escuela.

Así, en el primer informe se indicó que "se considera pertinente la continuidad sosteniendo la progresividad pautada y acotada y las apoyaturas necesarias, si bien reviste de un esfuerzo familiar importante (traslados y dinámica con todos los miembros de la familia), se releva estabilidad tanto en la joven como en la pareja parental y hermanos".

La directora de Escuela del Valle (fs. 28/29) sostuvo que: "si bien el ingreso de B. fue gradual en séptimo grado, los resultados desde lo psico-afectivo fueron muy buenos. Los alumnos de séptimo grado, buscaron todas las posibilidades para integrar a su nueva compañera y se la vio a B. hacer grandes esfuerzos para acomodarse a las nuevas situaciones. Cabe destacar que todas estas actividades que realiza B. en la escuela, las lleva a cabo junto con su acompañante terapéutico. Hoy B. se incorpora junto a sus compañeros de séptimo grado a primer año del Nivel medio de Escuela del Valle. Se la ve feliz, acompañada de sus compañeros con sus primeras actividades".

Sumado a los fundamentos señalados, tengo en cuenta lo dictaminado por la Defensora de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescente (a fs. 254 del presente y a fs. 144 del INC 9066/18), en cuanto sostiene que se ha resguardado la tutela judicial anticipada de una franja vulnerable como lo es B..

VI.- Por último, respecto a la queja sobre la ampliación temporal de la medida cautelar (Inc. 9066/18), también he de evaluar el breve período de prueba que resta para llegar al dictado de la sentencia definitiva, conforme lo manifestado por la a-quo al decretar la ampliación de la cautelar, donde señala que sólo resta producir la remisión del expediente de familia, prueba ofrecida por ambas partes, razón por la cual desestimaré esta queja.

En sentido coincidente, sostuve en la causa “Labrin” que:

“En punto a la queja de la duración de la medida cautelar, la misma no resulta procedente en tanto la A-quo especificó que la misma debía durar “hasta tanto se dicte sentencia definitiva” (fs. 223) y respecto a la afectación del debido proceso la recurrente omite considerar el trámite propio de una medida cautelar”.

VII.- Consecuentemente, corresponde: 1) Proceder a la acumulación de los incidentes N° 9011/2017 y 9066/2018, en el primero de ellos, atento a las cuestiones ventiladas, resultando la segunda una accesoria de la primera. 2) Rechazar los dos recursos de apelación interpuestos por el ISSN, confirmándose la medida cautelar y su ampliación temporal, resoluciones dictadas en la instancia de grado en fecha 08/05/2017 y 27/12/2017, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios. 3) Imponer las costas de Alzada por su

orden, debido a la falta de contradicción (art. 68 segunda parte del Código Procesal).

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero al voto del señor Vocal que emitiera opinión en primer término, en lo que refiere a la acumulación de los incidentes para su resolución conjunta, pero disiento respecto de la solución dada a los recursos de apelación.

II.- Reiteradamente he sostenido que las personas con discapacidad son sujetos de preferente protección, y que las prestaciones educativas forman parte de la tutela que el Estado argentino se ha comprometido a brindar cuando suscribió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378).

Inclusive, en pos de la protección eficaz de los derechos a las prestaciones educativas, he fallado condenando a la obra social provincial a hacerse cargo del transporte hacia y desde los establecimientos educativos, como así también de los acompañantes terapéuticos y maestros integradores, pero la razonabilidad de las pretensiones y de lo decidido es un requisito inherente a toda resolución judicial, cualquiera sea su naturaleza, aún cautelar.

Y en esa senda conceptual, debo recordar que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, ni siquiera los contenidos en las convenciones internacionales con rango constitucional.

En el concreto caso de autos cabe preguntarse si es razonable que una obra social pague la cuota (de importante valor) de un colegio privado, situado a 40 km –aproximadamente- del lugar de residencia de la alumna, por el solo hecho que esta última es una persona con discapacidad. Adelanto opinión en orden a que mi respuesta es negativa, no es razonable.

Es cierto que las obras sociales deben brindar un tratamiento integral a la problemática de la discapacidad pero, insisto, dentro de límites razonables.

La persona menor de edad de autos tiene derecho a obtener una educación implementada dentro del sistema común de enseñanza, a través de la integración escolar, pero no puede obligarse a la obra social a hacerse cargo del pago de un colegio privado –que brinda enseñanza común-, por la sola decisión de los progenitores de la persona menor de edad, aún cuando ésta se encuentre avalada por consejo médico.

En casos como el de autos, entiendo que debe exigirse una acreditación mayor de la verosimilitud del derecho invocado, en tanto aquí resulta importante conocer si la oferta educativa (pública y privada) de la zona puede brindar la inserción que la adolecente requiere, como así también que la capacidad económica de los padres no resulta suficiente a efectos de hacerse cargo de los gastos de educación de su hija.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado algunas pautas respecto de los aspectos a considerar para disponer este tipo de cobertura de forma integral. Así ha dicho el máximo tribunal de la Nación que a tal fin debe tenerse en cuenta: a) la existencia de una alternativa dada por la obra social; b) la colaboración de los padres en la concreción de esa alternativa; c) si existen diferencias relevantes entre las escuelas públicas y privadas en orden a la integración de las personas con la problemática de la actora (autos “M., F.G. c/ OSDE”, 10/8/2017, LL AR/JUR/98894/2017). Agrego a estos recaudos, como ya lo señalé, la capacidad económica de los progenitores y/o de la persona con discapacidad.

Entiendo que el hecho que habilita la exigencia de recaudos especiales es, como lo destacó la Corte Suprema en el precedente citado, que se trata de establecimientos destinados a la enseñanza común, y no de establecimientos con educación especial o prestadores de cartilla.

De otro modo, estamos consagrando un derecho absoluto a peticionar cualquier prestación, lo que nuestra Constitución Nacional no permite.

En definitiva, entiendo que no debería haberse habilitado la medida cautelar que se apela, ya que en autos no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado, por lo que -prima facie- aparece como irrazonable.

Sin embargo, dado el tiempo transcurrido y los perjuicios que podrían provocársele a la persona menor de edad, quién se encuentra inserta en la comunidad escolar del colegio de General Roca, no habré de propiciar la revocación de las resoluciones recurridas, sino su limitación (art. 204, CPCyC).

Es por ello que propongo al Acuerdo la limitación de la medida cautelar recurrida, reduciendo el aporte de la obra social demandada al 50% de la cuota del colegio privado al que concurre la adolescente de autos, quedando el restante 50% de la cuota y demás gastos que demande la concurrencia de la hija al centro educativo en el que se encuentra matriculada, a cargo de los progenitores.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II POR MAYORIA**

RESUELVE:

I.- Proceder a la acumulación de los incidentes N° 9011/2017 y 9066/2018, en el primero de ellos.

II.- Modificar las resoluciones dictadas en fecha 08/05/2017 y 27/12/2017, limitando la medida cautelar recurrida y reduciendo el aporte de la obra social demandada al 50% de la cuota del colegio privado al que concurre la adolescente de autos, quedando el restante 50% de la cuota y demás gastos que demande la concurrencia de la hija al centro educativo en el que se encuentra matriculada, a cargo de los progenitores.

III.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JORGE PASCUARELLI - Dr. FERNANDO GHISINI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria