



ACUERDO N° 08. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los cinco (5) días del mes de junio de dos mil veinte, en Acuerdo, la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada conforme el Reglamento de División en Salas con los Sres. Vocales doctores **EVALDO D. MOYA** y **ROBERTO G. BUSAMIA**, con la intervención del Secretario Civil doctor JOAQUÍN A. COSENTINO, procede a dictar sentencia definitiva en los autos caratulados "**FABI JOSE MARÍA Y OTRO c/ I.S.S.N s/ ACCIÓN DE AMPARO**" (Expediente OPANQ2 N° 100.024 - Año 2017).

ANTECEDENTES:

A fs. 512/520vta., obra pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, que revoca la sentencia dictada a fs. 460/474vta. por la Jueza titular del Juzgado Procesal Administrativo N° 2 y rechaza la acción.

Contra dicha resolución, a fs. 524/543vta., la actora B.F. deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley y conferido traslado, a fs. 549/561 la demandada -Instituto de Seguridad Social del Neuquén- contesta solicitando su rechazo.

A fs. 568/569vta. y 571/573 dictaminan el Fiscal General y el Defensor General -respectivamente-, propiciando la admisibilidad del recurso casatorio.

Posteriormente, a fs. 577/581, mediante Resolución Interlocutoria N° 189/19, se declara la admisibilidad del recurso de casación interpuesto.

Firme la providencia de autos, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido ?, b) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.

Conforme el orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada, el **Dr. EVALDO D. MOYA** dice:

I. En primer lugar, realizaré una breve reseña de lo acontecido en autos.

1. A fs. 60/69vta. los actores Señores José María Fabi y Viviana Janneth Romera -en representación de su hija B.F.-, promueven acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (en adelante, ISSN).

Imputan arbitrariedad e ilegalidad manifiesta a la falta de respuesta formal a la petición de cobertura al 100% de matrícula y costo mensual de la Fundación Escuela del Valle, donde su hija cursa primer año del nivel medio en un proyecto educativo inclusivo común.

Solicitan que se condene al ISSN a cubrir en forma íntegra la prestación educativa solicitada y el reintegro de los períodos ya abonados desde el mes de agosto de 2016, según la facturación presentada mensualmente en sede administrativa de la obra social.

Surge del relato que B.F. es una niña de 15 años de edad con diagnóstico de Síndrome de Down.

Afirman en la demanda que asiste desde muy temprana edad a la Fundación Naceres, centro terapéutico integral que la acompaña junto a su familia mediante el trabajo de un equipo interdisciplinario, consistente en sesiones individuales y grupales de terapia, como también trabajo de apoyo para su inclusión escolar. La cobertura de ese tratamiento se brinda a través de la sentencia recaída en autos caratulados "FABI, JOSÉ MARÍA Y OTRO c/ ISSN s/ ACCIÓN

DE AMPARO", Expediente N° 13.125/3, en trámite ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2.

En el escrito de promoción de la acción de amparo, hacen referencia al vínculo de dicho proceso con la presente causa.

Sostienen no haber recibido respuesta al reclamo efectuado ante el ISSN el 05/08/2016.

Relatan la historia educativa de B.F., quien concurrió al Colegio Estación Limay, junto a sus cuatro hermanos, en el período 2005/2007; luego asistió a la Escuela Rural N° 45 "Soldado Argentino", ambas en la ciudad de Cipolletti, provincia de Río Negro.

Afirman que luego de una extensa búsqueda, analizando las posibilidades a su alcance, decidieron, con el apoyo del equipo interdisciplinario de Fundación Naceres, que la mejor alternativa para que B.F. comience el tránsito por la educación media era la escuela "Fundación Escuela Del Valle", ubicada en la ciudad de General Roca.

Señalan que no encontraron ninguna escuela con proyecto inclusivo disponible en las ciudades de Neuquén y de Cipolletti. Citan el informe de la directora de la Escuela del Valle, en relación a la incorporación de B.F. a la escuela, así como el informe del equipo de la Fundación Naceres.

Hacen referencia al interés superior de la niña con discapacidad y la necesidad de propiciar su educación y desarrollo del mejor modo posible, para lograr su plena inclusión social y educativa.

Citan la Ley N° 27044 que incorporó con jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la que transcriben en partes), la Ley N° 24901 que creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, y la adhesión de nuestra provincia a través de la Ley N° 2644.

Transcriben el artículo 24 de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, relativo a la Educación.

Solicitan los reintegros de las cuotas ya pagadas, conforme las facturas que se han ido presentando mes a mes en sede administrativa.

Piden, como medida cautelar, se disponga que el ISSN proceda a la cobertura del 100% del valor de la cuota mensual y de la matrícula anual en la Escuela del Valle.

2. A fs. 82/98, el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN) contesta demanda y solicita su rechazo.

Afirma que B.F. se encuentra enrolada en el plan "D" de discapacidad de la obra social.

Luego se detalla el contenido de los Expedientes Administrativos 4469-157082/2, Alcance 23 y 24, en los cuales junto a las facturas por el tratamiento en el Centro Naceres, los progenitores de B.F., adjuntaron las facturas de la Escuela del Valle.

Frente a una observación de la Auditoría Contable del Departamento de Control y Liquidación sobre las facturas de la institución educativa, se realizó una consulta al Área de Legales del ISSN, que consideró que los reintegros de éstas no se encontraban encuadrados dentro de lo ordenado por la sentencia dictada en los autos caratulados "FABI, JOSÉ MARÍA Y OTRO c/ ISSN s/ ACCIÓN DE AMPARO", Expediente N° 13.125/3.

Entiende que previo a la promoción de la presente acción, la actora contaba con otros medios, como solicitar un incumplimiento de sentencia, o promover un amparo por mora.

Considera la demandada que surge tanto de los expedientes administrativos, como de la vía procesal elegida por la parte actora, que la pretensión que se esgrime en esta instancia no resulta alcanzada por la sentencia dictada en el

2005 y que, por lo tanto, ISSN no incurrió en incumplimiento de la sentencia.

Alega que no es competencia de la obra social abonar los gastos de las cuotas y matrículas de la Escuela del Valle de la menor B.F., atento que no es una práctica nomenclada. Entiende que la obra social no es responsable de garantizar la educación de la niña, sino sus progenitores en conjunto con el Estado (de Río Negro).

Insiste en que la cobertura reclamada está "fuera de la competencia".

Expresa que se debió acreditar la existencia de imposibilidad económica, y el pedido al Estado de Río Negro para que garantice el acceso a una escuela de modalidad común, con un proyecto de inclusión. Dice que la actora se refiere a una extensa búsqueda sin aportar prueba.

Sostiene que no surgen de la demanda elementos que denoten algún riesgo de interrumpir la escolaridad de la niña.

Indica que la elección del establecimiento para que un hijo reciba educación merece respeto, pero que los inconvenientes y gastos que se generan a raíz de ello no pueden ser trasladados al Estado, y menos aún a la obra social.

Afirma que la Provincia de Río Negro garantiza ampliamente, a través de sus organismos en materia de educación, el acceso a personas -con la patología que presenta B.F.- a las distintas modalidades y niveles educativos. Señala que la actora no acredita de ningún modo haber acudido ante estos organismos solicitando la asistencia y ayuda para lograr la integración adecuada de su hija.

Asegura que este tipo de reclamos han generado jurisprudencia que rechaza tales solicitudes, con cita de un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires y otro de una Cámara Federal.

Hace alusión a los principios de solidaridad y equidad en los que se basa la obra social, y entiende que no se ha demostrado la existencia de un acto u omisión del ISSN que, en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace derechos o garantías reconocidos en la Constitución Nacional o Provincial.

Se opone a los reintegros peticionados, con base en los argumentos que desarrolla.

Solicita el rechazo de la medida cautelar por considerar que su objeto se confunde con el objeto del amparo, efectuando un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Afirma que no se encuentran reunidos los requisitos del proceso, a saber, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

3. A fs. 106/114vta. se dicta resolución interlocutoria, haciendo lugar a la medida cautelar, con limitación al resto del ciclo lectivo 2017 y, posteriormente, a fs. 308, con fecha 27/12/2017, se amplía la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva.

4. Apeladas la medida y su ampliación, la Alzada limita la medida cautelar, reduciendo el aporte de la obra social demandada al 50% de la cuota del colegio.

5. Cumplida la etapa probatoria, la Jueza resuelve condenar al ISSN a abonar a los Sres. José María Fabi y Viviana Janneth Romera, las cuotas mensuales y la matrícula anual de la Fundación Escuela del Valle, por la concurrencia a dicho establecimiento de B.F., mientras dure su escolaridad en dicho establecimiento.

Agrega que ante la falta de reglamentación del ISSN y a fin de asegurar el goce general del beneficio, considera adecuado utilizar como parámetro de referencia los montos previstos por la Resolución N° 428/99 (con sus actualizaciones). Sostiene que si bien están previstos para

Educación General Básica, se aplica extensivamente a secundario, conforme la interpretación legal explicitada. En consecuencia, entiende que ha de tenerse como referencia los importes fijados para escuelas doble jornada, categoría A, teniendo en cuenta el 20% adicional al arancel básico, por zona desfavorable.

Aclara que sólo puede limitarse la cobertura de la escolaridad, cuando los montos se alejen considerablemente del monto máximo fijado.

Por los mismos motivos, condena a la demandada al pago retroactivo de las cuotas, o porcentuales no cubiertos, en los montos que se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia.

Fundamenta su decisión en los siguientes razonamientos:

a) De la Ley N° 24901 surge la obligación de prestar asistencia en la educación en los ciclos obligatorios (según la interpretación propuesta esto abarca primario y secundario).

b) Dichas prestaciones se encuentran sujetas a las reglamentaciones, que pueden determinar los alcances y condiciones de la cobertura.

c) El ISSN pretende dispensarse o acreditar la ausencia de obligaciones de cobertura, en normativa interna, así cita el nomenclador como fuente. Sin embargo, no alega ni acredita de qué modo se introduce, aplica o reglamenta en el ámbito interno la normativa que invoca.

Puntualmente, la Jueza señala respecto de la aplicación de la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que cuando la Ley Provincial N° 2644 adhirió a la Ley Nacional, lo hizo a la Ley y no al régimen en su plenitud. Y que el Decreto N° 726/12 prevé medidas de implementación, y que cada organismo emita su

reglamentación técnica en relación a las prestaciones a su cargo.

Sostiene que no se ha acreditado de modo alguno la pertinencia de la aplicación del nomenclador en el ámbito provincial, como una norma integrante del subsistema jurídico interno.

d) Analizadas las pautas legales (incluso la falta de oferta estatal adecuada, pese a la deficiencia anotada), a la luz de los hechos de la causa, la Jueza sostiene que puede afirmarse que se ha probado: que la Escuela del Valle es adecuada para B.F., conforme su edad, patología y grado, a las condiciones socio familiares, y no se prueba la existencia de alternativas menos onerosas o gratuitas viables, que puedan cubrir sus necesidades de salud, en atención a las pautas antes mencionadas.

Sobre el punto, la Jueza señala que se ha probado:

- la complejidad de la patología, que se presenta asociada a otros trastornos, así como a una patología psiquiátrica.
- la traumática historia escolar de B. y su familia.
- los informes que dan cuenta de los progresos de B.F. en el proyecto de inclusión que está transitando en la Escuela del Valle.
- la falta de acreditación de un proyecto público que pueda satisfacer esas necesidades especiales.
- la mera mención del deber legal del Consejo Provincial de Educación, sin especificar establecimientos en particular.

e) Aun cuando pudiera haber algún nomenclador o norma reglamentaria, debe recordarse la imposibilidad de recortar beneficios reconocidos legalmente, con invocación de normas derivadas, instrumentales o secundarias.

f) Puede agregarse como argumento que si bien en esa instancia se niega enfáticamente la cobertura escolar, en el marco del amparo anterior se abonaron las cuotas de la Escuela Estación Limay (ver por ejemplo fs. 281 del expediente de Familia). Es decir que vale como antecedente de cobertura de prestaciones escolares en un establecimiento de gestión privada.

g) Pone de resalto que la obra social deliberadamente reconoce no tener el módulo de apoyo a la integración escolar, y cubrir las prestaciones de ese tipo a partir de órdenes judiciales.

6. A fs. 491/499 apela la parte demandada.

7. A fs. 505/506 dictamina la Defensora de los Derechos del Niño.

8. A fs. 512/520vta. la Cámara de Apelaciones revoca el decisorio dictado por la Jueza de Primera Instancia, rechaza la acción y mantiene la medida cautelar dispuesta hasta la finalización del ciclo lectivo 2019.

Sostiene que, por expresa disposición legal, está ya fuera de toda discusión que la prestación que se reclama se encuentra dentro del ámbito de competencia de las obras sociales en general y de la obra social demandada en particular.

Señala que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 24901, no quedan dudas respecto a que, tanto las prestaciones educativas como las terapéuticas-educativas, constituyen prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, y como tales -conjuntamente con los servicios específicos- están a cargo de las obras sociales por imperio del artículo 2 de la citada norma legal.

Expresa que ello es así por cuanto esas prestaciones se encuentran expresamente incluidas en los artículos 16 y 17 que, dentro del Capítulo IV, delimitan cuales son tales

prestaciones; mientras que el artículo 22 de la citada ley impone también brindar educación general básica, a la que define 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 escolar especial o común.

Acota que la Ley Provincial N° 2644 adhirió expresamente a la norma nacional y en su artículo 2, inciso d), incluyó expresamente entre los entes necesarios para la implementación de la adhesión al Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN).

Señala que, en consecuencia, la citada obra social queda desde entonces legalmente obligada a proporcionar tales prestaciones, quedando como función exclusiva dentro del ámbito de la autoridad educativa, la de establecer o aprobar los lineamientos curriculares a desarrollar en los programas escolares, con o sin integración (artículo 22).

Afirma que ese deber legal no puede ser suprimido, disminuido o modificado por ninguna resolución de su Consejo de Administración, so pena de vulnerar derechos expresamente establecidos por la ley superior en concordancia con normas de rango constitucional.

Considera que, por todo ello, la prestación que se reclama no es ajena al objeto de la obra social y, por tanto, tampoco resulta excusable no contar con un sistema de auditoría y control, dado que desde que la norma citada puso en cabeza de la obra social esas prestaciones, debió crear las estructuras pertinentes para dar cabal cumplimiento a la ley. En consecuencia, la Cámara de Apelaciones concluye que resulta ajustada a derecho la conclusión de la *a-quo*, en cuanto tiene a la demandada como obligada a brindar la prestación.

Luego, sostiene que corresponde analizar si a la luz de las especiales circunstancias de este caso resulta

procedente el cumplimiento de la prestación en un establecimiento privado, en concreto, en el que resulta objeto de la pretensión.

Hace mención de un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia y concluye que el Máximo Tribunal ha dejado en claro que la prestación de escolaridad común en ámbitos privados es subsidiaria de la inexistencia de establecimientos de carácter público adecuados para llevar adelante la labor de integración escolar de niños con discapacidad.

Afirma que la procedencia de la pretensión, tal como ha sido planteada, constituye un presupuesto excepcional que requiere para su procedencia, entre otros, la prueba de la inexistencia de recursos públicos que puedan dar una respuesta adecuada a las características propias de la discapacidad que presenta la joven y, en este punto, asiste razón a lo manifestado por la recurrente en tanto critica la sentencia por no haber tenido en cuenta la existencia de establecimientos educativos públicos en el ámbito de residencia de la joven, con estructura y capacidad suficiente para abordar el proceso educativo con integración escolar de B.F..

Expresa que la Provincia de Río Negro informó que todo establecimiento educativo provincial, de ambas modalidades (especial y común) y de todos los niveles; debe matricular, albergar y acompañar las trayectorias escolares de estudiantes con discapacidad.

Por ello, entiende que asiste razón a la recurrente, en cuanto considera acreditado que existen alternativas suficientes para dar respuesta a las necesidades de la joven, dentro del ámbito público, por lo que no se verifica el presupuesto de excepción que habilitaría su inclusión dentro de un establecimiento privado.

Luego, cita el voto de la Dra. Clérici al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la medida cautelar dispuesta en autos:

"... 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) ... 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. Más aún, esa razonabilidad desaparece cuando existen otras opciones dentro del sistema educativo público, idóneas y suficientes para garantizar el interés superior de la menor y el debido acceso a la educación requerida. Por ello, y siguiendo a la resolución apuntada, coincido en señalar que: `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, aun cuando ésta se encuentre avalada por consejo médico´ ...".

Finalmente, sostiene que teniendo en cuenta lo avanzado del ciclo lectivo 2019 y que un cambio intempestivo de colegio resultaría susceptible de generar un perjuicio en la joven, propone también se mantenga la medida cautelar dispuesta hasta la finalización del citado ciclo.

9. A fs. 524/543vta. la actora deduce recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley.

Solicita que se case la sentencia recurrida, condenando al ISSN a cubrir las prestaciones requeridas al 100% de las cuotas mensuales y matrícula anual de la Fundación Escuela del Valle, mientras dure su escolaridad, como también el pago de las cuotas, matrículas y porcentuales retroactivos desde agosto de 2016.

Funda su queja en los incisos a), b) y c) del artículo 15 de la Ley N° 1406.

Critica que la Alzada haya atribuido carácter "subsidiario" a la obligación que reconoce en cabeza de la accionada respecto del cumplimiento de la prestación que se demanda; que solo se configuraría si se acreditara la inexistencia de una alternativa a cursar en el sistema público educativo. Y, sobre todo, que -desde su punto de vista- se impondría a la familia actora la acreditación de un recaudo que no se desprendería de norma alguna y que afectaría su derecho constitucional de defensa.

Expresa que la Cámara pretendería que en caso de existir en el sistema público una alternativa para cumplir la escolaridad de la joven, debería ser llevada a cabo allí, y -desde su visión- ello sería equivalente a pretender que la obra social se desentendiera de la obligación de cobertura de las prestaciones de salud, por cuanto las mismas podrían ser llevadas a cabo en el ámbito de la salud pública.

Afirma que el legislador habría colocado bajo la órbita de las obras sociales las prestaciones educativas en materia de discapacidad.

Sostiene que aun en la hipótesis de considerar que la obligación exigida a las obras sociales revista carácter subsidiario, es decir, que solo se configuraría cuando se acreditara que la oferta pública no alcanzara para satisfacer

las necesidades educativas de la niña/joven con discapacidad, lo cierto es que -afirma- al valorar la prueba se incurriría en una flagrante arbitrariedad al dar una excesiva fuerza probatoria a la prueba informativa producida por el Consejo Provincial de Educación de Río Negro, por sobre los informes y prueba testimonial calificada producida por su parte.

En este sentido, sostiene que no se habría tenido en cuenta que la accionada es quien se encontraría en mejores condiciones de probar la existencia en el sistema público provincial de una alternativa educativa para la joven, equivalente a aquella pretendida por la amparista.

Destaca que la demandada habría incumplido con los procedimientos a los que resulta obligada por el artículo 39 de la Ley N° 24901 que, conjugado con las previsiones del artículo 11, determinaría que la obra social debería brindar asesoramiento y acompañamiento a través de sus equipos interdisciplinarios para evacuar cada una de las opciones que eventualmente se presentaban para B.F..

Asegura que recién entonces podría concluirse válidamente sobre la existencia de una alternativa educativa que pudiera atender las necesidades de B.F., equivalente a la proporcionada por la institución elegida por la familia de la joven -que, agrega, habría sido avalada por el equipo interdisciplinario de la Fundación Naceres y por el propio sistema educativo provincial-.

Acota que esa institución educativa llevaría adelante un proyecto inclusivo, modelo en la región, al que asistiría su hija desde hace tres años, lo que haría necesario que se permita concluir su trayectoria educativa junto a sus compañeros. Expresa que si se produjera una interrupción y cambio a esta altura sería devastador para la joven, quien habría padecido una profunda depresión ante situaciones similares.

Destaca que la asistencia a la referida institución educativa le habría permitido en términos reales y concretos - y no teóricos y abstractos- poder ejercer el derecho a gozar de una educación verdaderamente inclusiva.

Además, pone de relieve que la Cámara de Apelaciones no habría desvirtuado la conclusión de la Jueza de Primera Instancia, en cuanto sostuvo que la Resolución N° 428/99, reglamentaria de la Ley N° 24901, no resulta aplicable al ámbito provincial neuquino, por cuanto mediante la Ley N° 2644 se habría adherido a la Ley Nacional y no al régimen en su plenitud.

Invoca los antecedentes de este Tribunal Superior de Justicia "Carrera", "Moretti" y "Fabi, José María y otra c/I.S.S.N. s/ Acción Procesal Administrativa" -éste último que la tuvo como parte actora-, con especial referencia al compromiso internacional asumido por nuestro país como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención de los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

También cita al Máximo Tribunal Nacional en orden a que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (Fallos: 327:2127 "Martín"; id. 327:2413 "Lifschitz").

Formula reserva del caso federal.

10. Corrido traslado a la contraria, contesta a fs. 549/561 y solicita se rechace el recurso.

11. A fs. 564 se presenta espontáneamente el Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén y adhiere a la contestación efectuada por el ISSN a fs. 549/561.

12. A fs. 568/569vta. se expide la Fiscalía General, propiciando la apertura de la instancia extraordinaria.

13. A fs. 571/573 el Sr. Defensor General se expresa en favor de que se case la sentencia y se haga lugar al recurso impetrado.

14. A fs. 577/581, por Resolución Interlocutoria N° 189/19, se declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido.

15. A fs. 583/588 dictamina el Fiscal General, quien propicia que se declare procedente el recurso casatorio interpuesto por los amparistas, con fundamento en el artículo 15, incisos a) y b), de la Ley N° 1406.

Comienza su análisis señalando que la joven B.F. adquirió la mayoría de edad recientemente, que durante casi la totalidad del trámite revistió calidad de menor y ello implica que las interpretaciones y decisiones debieron tener en miras el interés superior del niño, además de la tutela especial que les asiste a las personas con discapacidad.

En esa línea, invoca el marco constitucional, convencional y legal en el cual debe ser analizado el caso, los artículos 41, 42, 75, incisos 19 y 23, de la Constitución Nacional, artículos 47 y 50 de la Constitución Provincial, instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N° 26378), la Ley N° 24901 que crea el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (artículo 14), que consagra el principio del interés superior del niño y las leyes provinciales N° 611, 1634, 1784, 1951 y 2644.

Señala que la norma nacional prevé dentro del conjunto de prestaciones básicas, las terapéuticas educativas y las educativas, y dentro de las prestaciones específicas, la estimulación temprana, inicial y general básica.

Luego, refiere que desde el punto de vista reglamentario -y siempre en el ámbito nacional- la Resolución Ministerial N° 428/99, Anexo I, aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y que señala que las prestaciones de carácter educativo contempladas en el nomenclador serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad conforme lo determina su reglamentación.

Expresa que, en el caso, no se encuentra controvertido que la prestación que se reclama se halla dentro de las obligaciones a cargo de la obra social demandada por disposición legal, en tanto la sentencia así lo afirma y no ha sido recurrido.

Precisa que la cuestión se centra en determinar si la cobertura de prestaciones de educación básica en servicios escolares privados resulta o no subsidiaria a la inexistencia de opciones adecuadas en el sistema educativo estatal, como se dispone en la Resolución N° 428/99.

Al respecto, señala que no cabe extender tal condición al caso de autos, por cuanto tratándose de materia de competencia no delegada, en el ámbito provincial ello no ha sido incorporado normativa ni reglamentariamente. Acota que la Provincia adhirió a la Ley Nacional N° 24901, mediante la Ley Provincial N° 2644, que fue reglamentada mediante Decreto N° 726/12, y en ninguna de estas disposiciones se hizo mención al respecto. Y que el artículo 3 de ese último determina que cada Ministerio, Organismo Provincial y Obra social provincial deberá emitir la reglamentación técnica en relación a las prestaciones que resultaren a su cargo, reglamentación que no fue aprobada por el ISSN.

En ese orden destaca que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado en la sentencia recurrida se

refiere a un caso que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires, que involucraba a una institución de medicina prepaga.

Concluye que en el ámbito local no existe norma que condicione la obligación de la obra social provincial demandada respecto de la cobertura de la prestación de educación de las personas con discapacidad y, en consecuencia, debe hacerse extensiva al pago de la cuota mensual de establecimientos privados, si son estos los que proporcionan la alternativa más adecuada a las necesidades específicas de tales individuos.

Propicia se declare procedente el recurso casatorio interpuesto con fundamento en el artículo 15, incisos a) y b), de la Ley N° 1406.

II. Ingresando al análisis de la sentencia recurrida, en orden a los vicios denunciados, cabe precisar que la cuestión a resolver se circunscribe a determinar, en el marco del Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Ley N° 24901 -artículos 2, 17, 19 y 22- a la que la Provincia de Neuquén adhirió mediante Ley N° 2644 y reglamentó por Decreto N° 726/12), si la obligación de la obra social, de brindar la prestación educativa en un servicio escolar privado tiene carácter subsidiario, para el caso en que no exista oferta educativa en el ámbito público adecuada a la afiliada -como señala la Cámara de Apelaciones en la sentencia de fs. 512/520vta.- o si tal interpretación conlleva una infracción legal -como denuncia la recurrente-.

En el caso, la cuestión se traduce en la necesidad de determinar si corresponde o no el cumplimiento de la prestación educativa a cargo de la obra social al 100%, en el establecimiento privado Escuela del Valle, de la ciudad de General Roca, como pretende la actora.

En primer lugar, es oportuno recordar que la Ley N° 24901 establece que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas que necesiten las personas con discapacidad afiliadas (artículo 2°).

En el capítulo referido a "Prestaciones Básicas" incluye a las "Prestaciones Educativas" y las define como "aquellas que desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada para realizarlas en un período determinado e implementarlas según requerimientos de cada tipo de discapacidad (artículo 17). Luego bajo el acápite "Servicios Específicos" se sostiene que integrarán las prestaciones básicas que deberán brindarse a favor de las personas con discapacidad en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar (artículo 19).

Puntualmente, en cuanto a las prestaciones de educación, el artículo 22 se refiere a la educación general básica, entendiéndose que es 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 escolar especial o común.

En ese marco contempla la integración en escuela común en todos aquellos casos en que el tipo y grado de discapacidad así lo permita.

Ahora bien, en nuestro ámbito, cabe señalar que cuando la Provincia de Neuquén adhirió a la Ley N° 24901 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad (artículo 1°, Ley N° 2644), designó los entes necesarios para su implementación: a) la Junta Coordinadora de Atención Integral para la Discapacidad (JUCAID), b) el Ministerio de Salud y Seguridad Social, c) el Ministerio de

Gobierno, Educación y Cultura, y d) el Instituto de Seguridad Social de Neuquén (artículo 2º, Ley N° 2644). Además, determinó que "... cada Ministerio, Organismo Provincial y la Obra social Provincial, deberán otorgar las prestaciones que le correspondan en el marco de sus respectivas competencias delimitadas por la Ley 2798, Ley 611 y demás legislación vigente ..." (artículo 2º, Decreto N° 726/12) y emitir la reglamentación técnica en relación a las prestaciones que resulten a su cargo (artículo 3º, Decreto N° 726/12).

La temática planteada, en torno a la obligatoriedad de las obras sociales de brindar la prestación educativa en establecimientos privados, ha sido abordada y definida por el Máximo Tribunal Nacional en reiterados fallos, cuya doctrina resulta aplicable al presente por tener una plataforma fáctica semejante, al tratarse de madres y padres de niños, niñas y adolescentes con discapacidad que solicitan se ordene a la obra social, la cobertura de escolaridad común con proyecto inclusivo en un establecimiento educativo privado.

Tal es el caso de los precedentes "R., D. y otros c/ Obra social del Personal de la Sanidad s/ amparo" del 27/11/2012 (CSJ 104/2011 47-R /CS1); "A., M.L. por su hija menor c/ OSDE s/ ley de medicina prepaga", del 29/05/2018, Fallos: 343:585; "M., F.G. y otro c/ OSDE", del 10/08/2017, Fallos: 340:1062; y "C.T., N. c/ OSDE s/ amparo de salud", del 23/8/18, Fallos: 341:966, este último citado en la sentencia recurrida.

En los casos mencionados el Máximo Tribunal Nacional consideró el carácter excepcional de la prestación educativa prevista en la Ley N° 24901, a cargo de la obra social, para el caso en que no se cuente con oferta educacional estatal adecuada a la discapacidad del beneficiario. De ese modo sentó su doctrina en tal sentido, sin perjuicio de la aplicación o

no de la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación N° 428/99 en nuestro ámbito.

Así sostuvo que "... en la sentencia de esta Corte recaída en la causa CS-104/2011 (47-R)/CS1 `R., D. y otros c/ Obra social del Personal de la Sanidad s/ amparo`, del 27 de noviembre de 2012, se fijaron diversas pautas respecto de la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicios de esta naturaleza, estableciéndose que el agente del servicio de salud es quien debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio educativo análogo al que se persigue en la causa así como demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna ..." (Fallos:343:585).

En definitiva, corresponde afirmar que la Corte Nacional -intérprete final de la Constitución Nacional (Fallos: 1:340)- al resolver los casos citados ha considerado que la prestación educativa prevista en la Ley N° 24901, tiene carácter excepcional, para el caso en que no se cuente con oferta educacional estatal adecuada a la discapacidad del beneficiario, por lo que tal interpretación ha de considerarse ajustada constitucional y convencionalmente.

En función de ello, en nuestro ámbito, corresponde afirmar que la obligación de garantizar el derecho a la educación inclusiva es atinente en primer lugar a la Provincia del Neuquén, a través del Ministerio de Educación, y solo ante el caso excepcional de que no exista una prestación educativa estatal, adecuada a la discapacidad de la afiliada, es que nace la obligación de la obra social.

Establecida entonces que es correcta la interpretación normativa, expuesta por la Cámara de Apelaciones -en consonancia con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, corresponde analizar si se

verifica infracción en su aplicación, como denuncia la recurrente.

Antes bien, es necesario advertir que el caso que se analiza ofrece una particularidad, y es que no surge de las actuaciones que se haya intentado una búsqueda -tendiente a la inserción educativa inclusiva de B.F.- en el ámbito de la educación pública de la Provincia de Neuquén, por ejemplo en esta ciudad capital, a pocos minutos de la ciudad de Cipolletti, Provincia de Río Negro, donde se domicilia la familia. Por el contrario, la actora pretende la cobertura de la matrícula en una escuela ubicada a 40 km del domicilio familiar.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que de la compulsas de las actuaciones surge acreditado debidamente la existencia de alternativas educacionales adecuadas para la joven B.F., en el ámbito de la educación pública de la Provincia de Río Negro, donde se domicilia con su familia, tal como con acierto se afirma en el decisorio recurrido.

Ello resulta de la prueba obrante en la causa, entre la que se destaca, el informe del Ministerio de Educación y Derechos Humanos de Río Negro que da cuenta de la trayectoria educativa de B.F. (fs. 278/305). Allí se describe el abordaje conjunto e interdisciplinario brindado y, en particular, que el equipo de apoyo a la inclusión, en conjunto con la familia, definen las instituciones educativas y la propuesta pedagógica acorde a las necesidades educativas de B.F. y a las necesidades y decisiones que toma la familia.

Asimismo se informa que en las ciudades de Cipolletti y General Roca existen establecimientos educativos de la modalidad de Educación Especial, que pueden realizar el acompañamiento a la trayectoria educativa de la joven B.F..

También se señala que en el ciclo lectivo 2016, el equipo sugiere que B.F. egrese de nivel primario y por

decisión de la familia continúa su trayectoria escolar en la Escuela del Valle de la ciudad de General Roca.

A su vez, la existencia de la modalidad de educación inclusiva en el sistema público de enseñanza, también surge de lo informado por la Directora de Inclusión Educativa, quien describe la existencia de una normativa específica, referida a "... Lineamientos para la inclusión de los alumnos/as con discapacidad en establecimientos educativos de nivel inicial, primario y medio ...".

Luego, ante el requerimiento de "... indicar o nombrar cuáles serían los establecimientos que aborden este tipo de proyecto a fin de asegurar el pleno desarrollo de integración de B.F. ...", la autoridad provincial remite la Nota N° 927/18 que dice "... le hacemos saber que la Provincia no cuenta con un establecimiento puntual para asegurar lo planteado, ya que todo establecimiento educativo provincial de ambas modalidades (especial y común) y de todos los niveles deben acompañar las trayectorias escolares de estudiantes con discapacidad ..." y adjunta la Disposición del Consejo Provincial de Educación N° 3438/11 (fs. 396 y 398/447).

Tales asertos, emanados de las autoridades del Ministerio de Educación de la Provincia de Río Negro, no dejan lugar a dudas, en cuanto a la existencia de oferta de servicios educativos públicos inclusivos y más aún, refieren el abordaje y acompañamiento con el que cuenta la familia de B.F. por parte de tales organismos del Estado.

Así, las probanzas referidas, no logran ser desvirtuadas por los testimonios brindados por la Directora de la Escuela del Valle -Prof. Ana María Gómez- y la Directora del centro terapéutico Fundación Naceres -Lic. Sandra Cristina Denis- (fs. 205/208 y 209/212). Ello por cuanto, más allá de su idoneidad y trayectoria profesional, no resulta razonable suponer -ni luce acreditado- que se encuentren más calificadas

que los funcionarios públicos para informar en cuanto a los organismos educativos, perfiles y disponibilidad en el ámbito del Estado Provincial de Río Negro.

Por otro lado, el médico pediatra -Dr. Raúl Colombino- aconseja la asistencia a escuela común con proyecto de inclusión, empero no prescribe puntualmente la asistencia a la Escuela del Valle (cfr. certificado fs. 7). En consecuencia, la inclusión educativa prescripta por el facultativo podría ser cumplida en los establecimientos estatales, de acuerdo a la disponibilidad informada por los funcionarios responsables.

Corresponde sumar al análisis, asimismo, que los progenitores de la joven B.F. no solicitaron oportunamente a la obra social la cobertura del servicio educativo en la Escuela del Valle, sino que decidieron en forma unilateral el ingreso de su hija a la referida escuela privada -que además se encuentra en la ciudad de General Roca, provincia de Río Negro, distante a 40 km del domicilio familiar- y, posteriormente, requirieron el reintegro de lo abonado. Esta decisión familiar tampoco permitió que la obra social pudiera ofrecer una alternativa para la escolarización de B.F..

Teniendo en consideración todo lo expuesto, es necesario señalar que el detallado estudio del material probatorio obrante en autos (en particular, los informes remitidos por el Ministerio de Educación de Río Negro a fs. 303/305, 369/371 y 397, ya referidos) y los concretos razonamientos expuestos en el fallo recurrido, llevaron a la Cámara de Apelaciones a afirmar acertadamente que existen alternativas suficientes para dar respuesta a las necesidades de la joven B.F. dentro del ámbito educativo público, y a concluir que no se verifica el supuesto de excepción que habilitaría su inclusión dentro de un establecimiento educativo privado a cargo de la demandada.

De ese modo, no se advierte infracción en la aplicación normativa al presente caso, resultando en tal sentido ajustado a derecho.

En consecuencia, es dable concluir que no se configuran los vicios denunciados con invocación del artículo 15, incisos a) y b), de la Ley N° 1406.

Por otro lado, en orden al supuesto vicio de absurdo probatorio invocado por la recurrente, cabe señalar que no se demuestra que la Cámara de Apelaciones sentenciante haya actuado en apartamiento de las normas que gobiernan la valoración de las pruebas -las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, las cuales conforman la llamada sana crítica-.

En ese sentido, se ha dicho que la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas refiere a un vicio que se configura cuando la judicatura de grado al sentenciar incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdo N° 7/13 "Romero", del registro de la Secretaría Civil) o por una desinterpretación de las pruebas (cfr. Acuerdo N° 12/12 "Álvarez Claramunt", del mismo registro).

Este Tribunal Superior lo ha caracterizado como "... el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica ..." (cfr. Acuerdos N° 19/98 y 31/15, del citado registro).

En el presente caso, la recurrente expone un juicio valorativo personal y discrepante, insuficiente para probar que el detallado análisis probatorio y el razonamiento plasmado en la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones -con el que se coincide conforme se expresa precedentemente- resulte absurdo, en los términos del inciso c) del artículo 15 de la Ley Casatoria y la doctrina establecida por este Tribunal Superior de Justicia.

En consecuencia, no se configuran los vicios denunciados y la sentencia recurrida resulta ajustada a derecho, por lo que el recurso deducido deviene improcedente, debiendo confirmarse la sentencia pronunciada por la Cámara de Apelaciones.

III. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, en atención a la novedosa cuestión analizada, las particularidades del caso y la naturaleza del asunto, parece prudente imponer las costas en esta instancia casatoria en el orden causado -tal como se dispuso en las instancias previas- (artículos 12 de la Ley N° 1406 y 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

IV. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: **1°) DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 524/543vta. por la actora -B.F.- y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II-, obrante a fs. 512/520vta., por resultar ajustada a derecho conforme la normativa aplicable y la doctrina del Máximo Tribunal Nacional, en orden a los derechos consagrados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y a las disposiciones del Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral

a favor de las Personas con Discapacidad (Ley N° 24901 - artículos 2, 17, 19 y 22- y Ley N° 2644). **2°) IMPONER LAS COSTAS** en esta instancia casatoria en el orden causado (artículo 12 de la Ley N° 1406 y 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). **3°) REGULAR** los honorarios profesionales a cada uno de los profesionales intervinientes en el 25% de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de Primera Instancia por su intervención en el mismo carácter (artículos 2 y 15 de la Ley N° 1594). **4°)** Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos a origen. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor Vocal doctor **ROBERTO G. BUSAMIA** dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor **EVALDO D. MOYA**, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. **ASÍ VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, oídos los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, **SE RESUELVE:** **1°) DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 524/543vta. por la actora -B.F.- y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 512/520vta., por resultar ajustada a derecho conforme la normativa aplicable y la doctrina del Máximo Tribunal Nacional en orden a los derechos consagrados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y a las disposiciones del Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Ley N° 24901 -artículos 2, 17, 19 y 22- y Ley N° 2644). **2°) IMPONER LAS COSTAS** en esta instancia casatoria en el orden causado (artículos 12 de la Ley N° 1406 y 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

3°) REGULAR los honorarios profesionales a cada uno de los profesionales intervinientes en el 25% de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de Primera Instancia por su intervención en el mismo carácter (artículos 2 y 15, Ley N° 1594). **4°)** Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. EVALDO D.MOYA
Dra. JOAQUÍN A.COSENTINO - Secretario