



NEUQUEN, 30 de Agosto del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ASNAL CLAUDIA VERONICA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** (JNQJE3 EXP 100167/2018) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La sentencia hace lugar a la acción de amparo y ordena al demandado que otorgue la prestación de maestro de apoyo al 100% del valor establecido en el nomenclador nacional emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, de acuerdo a la extensión y modalidad en la que los terapeutas y médicos tratantes lo prescriban.

El ISSN demandado, apela el pronunciamiento.

Alega que el A-quo violó su derecho de defensa al condenarla a otorgar la cobertura de una prestación que se encuentra fuera de su competencia, dado que no puede auditar el desempeño de un docente. Señala que la cobertura se encuentra fuera de sus prestaciones y sí dentro del ámbito del Consejo Provincial de Educación. Manifiesta, que la Resolución N° 1256/2017 del Consejo Provincial de Educación, que adhiere a la Resolución Federal de Educación N° 311/16 expresa que la maestra integradora se encuentra en el ámbito de ese organismo.

Agrega, que la maestra de apoyo generalmente es una persona que trabaja con algún centro terapéutico o se puede presentar el requerimiento ante el Consejo de Educación a solicitarlo, pero en el caso de autos no se ha efectuado dicho trámite y se inició el acompañamiento, sin demostrar que la persona que realiza el tratamiento trabaje en conjunto con el centro "Sentidos".



Sostiene, que no es posible determinar de qué manera ha logrado el Sentenciante descubrir que el tratamiento llevado a cabo por la maestra de apoyo elegida por los padres, esté avalada por el centro terapéutico.

También se agravia porque considera que se lesiona su derecho de auditoria, control y de propiedad. Dice, que la prestación de maestra de apoyo solo fue mencionada en el formulario Plan D, donde se realiza una descripción de las prácticas que el médico tratante solicita.

Alega que la ley 24091 es clara ya que estipula en el artículo 22 que los organismos competentes en materia de educación son los encargados de contemplar los aspectos de integración en la escuela común en todos aquellos casos que el tipo y grado de discapacidad lo permita.

Expresa, que sólo manifestar que al ISSN le corresponde realizar la cobertura no constituye un argumento de entidad suficiente para adoptar la conducta asumida por la contraria, por lo que no acredita mínimamente los fundamentos fácticos y jurídicos de su afirmación.

Por otra parte se queja de que se condene a una prestación sin límites ni topes, como así tampoco parámetros en cuanto al valor de la prestación que deberá tener en cuenta la parte actora.

La contraria no contestó los agravios.

En hojas 171 se expidió la Defensora del Niño y el Adolescente, quien propició la confirmación de la sentencia.

2. Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada adelanto que el recurso no puede prosperar, siendo la situación similar a la resuelta, entre otros casos, en la causa "LABRIN ANABEL ESTHER C/ I.S.S.N S/ ACCION DE AMPARO" (JNQLA5 EXP 100082/2017).

En primer lugar, cabe señalar que no se encuentran discutidos los trastornos de lectura, desarrollo de



habilidades escolares, recepción del lenguaje, hipercinéticos, de conducta, retraso mental moderado y deterioro del comportamiento del niño, que necesita de rehabilitación, prestaciones educativas y acompañante, conforme surge del certificado de discapacidad del JUCAID (fs. 29) y que requiere maestro de apoyo (ver pedido del neurólogo infantil en hojas 24, resumen de historia clínica de fs. 25 e informe psicopedagógico de fs. 3/7).

Luego, en punto a la queja por condena a otorgar la prestación de maestro de apoyo, cabe partir de considerar que esta Alzada ha sostenido que: *"La cuestión que aquí se presenta, es análoga a otras resueltas por esta Cámara, en sus distintas Salas, y ha merecido también tratamiento por parte el TSJ, en sentido adverso a los planteos del recurrente."*

"En efecto, señaló el TSJ:

"...situados en la perspectiva constitucional de los Derechos Humanos receptada en los Pactos Internacionales reseñados y la legislación citada, no cabe otra conclusión que otorgar responsabilidad al Estado por la falta de oportuna cobertura asistencial plena e integral de la menor B.F., a fin de lograr su integración social en todos los aspectos requeridos."

"Es que, a la luz de tales principios, la negativa dada por la Obra Social frente al requerimiento de cubrir el 100% de las prestaciones a favor de la niña con discapacidad, aparece como irrazonable, desde que se aleja del estándar de protección y de asistencia integral de la discapacidad y desconoce el principio del "interés superior" de las personas de menor edad, cuya tutela prioriza la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.)."



"En efecto, la Obra Social argumenta que las personas con discapacidad tienen cubierto el 100% de las prestaciones que requieran -siempre y cuando sean de prestadores autorizados- y bajo el sistema de módulos, siempre que se cuente con el certificado de discapacidad emitido por la JUCAID."

"Mas ello resulta insuficiente e inadecuado a los fines de cubrir las necesidades y requerimientos de prevención, asistencia, tratamiento, rehabilitación, estimulación y promoción de las personas con discapacidad de suerte tal de facilitar su integración social, procurando el óptimo desarrollo de sus capacidades y su autonomía, en respeto a su dignidad."

"En este contexto, el diagnóstico, tratamiento de afecciones y patologías, y la estimulación temprana de una niña, nacida prematuramente y con Síndrome de Down, aparece como una necesidad que debió ser solventada integralmente por la Obra Social, no siendo razonable la aplicación del sistema de prestaciones por módulos o las limitaciones relativas a prestadores autorizados; máxime teniendo en cuenta que la menor en cuestión contaba con el certificado expedido por la autoridad provincial de Rio Negro, el 17/08/2001 (cfr. fs. 10/12 Expte. administrativo 2369-046745/4 Alc. 0000 Año 2003)."

"Es que, en el caso particular, se encuentra en juego el derecho a la salud de una niña menor de edad y con discapacidad, que merece una protección especial y específica por parte del Estado -en este caso, a través de su Obra Social-."

"En este análisis no puede soslayarse que, si bien la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad



y la ley Nacional 24.901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la Obra Social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994, que privilegia el "interés superior del niño" y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad."

"Conforme lo tiene dicho el Máximo Tribunal "La primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad."

"La Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos 327:3677; 332:2043) y "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar las medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional" (Fallos 332:709)."

"La irrazonabilidad de la negativa se evidencia en mayor medida si se analiza el caso desde la perspectiva de las



fuentes internas (Ley 24.901 y Ley provincial 2644) e internacionales antes mencionadas -en especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- que posteriormente fueron delineando, con mayor precisión, los derechos consagrados constitucionalmente a partir de la reforma de 1994."

"No hay dudas, entonces, respecto al deber de garantizar los derechos humanos fundamentales, en especial el derecho a la salud y con mayor resguardo por tratarse de una menor con discapacidad."

"Desde la jurisprudencia nacional ese es el norte trazado, inspirada indudablemente en el principio "Pro Homine", criterio hermenéutico que informa toda la legislación referida a los Derechos Humanos y que prescribe que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos."

"Es que el derecho a la salud (artículos 42 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) está indisolublemente unido a la calidad de vida y, por ende, a la dignidad de la persona."

"En este sentido, la Corte Suprema de la Nación afirmó que: "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de la naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Causa RH - Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y acción social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas neoplásicas"; 24/10/2000 (J.A. 2001-III-464)."

"Desde allí, que el requerimiento a la cobertura integral de las prestaciones y la protección bajo análisis, en



el marco específico, constitucional e internacional que la consagra, avala el reconocimiento del derecho vulnerado, tal como oportunamente fue reconocido en la acción de amparo."

"Era una obligación legal para el ISSN -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisibles a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados."

"Las pautas interpretativas aludidas reafirman la solución aquí establecida y determinan el incumplimiento por parte de la Obra Social -durante el período reclamado-..." (cfr. en extenso, Acuerdo 50/15 "F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2160/07)."

"Desde estos lineamientos que se comparten y han sido base de las decisiones dictadas en las tres Salas de esta Cámara, es claro que el recurso en punto a la inexistencia de ilegalidad manifiesta no puede prosperar."

"La importancia de la continuidad y los logros alcanzados, de los que da cuenta el pronunciamiento de grado y no son motivo de queja alguna, ni prueba en contrario, coadyuvan al acierto de la decisión adoptada."

"Tampoco resulta procedente el segundo agravio porque el art. 2 de de la ley 24.901 señala que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la misma y el art. 17 comprende a las prestaciones educativas."



"Es que, como también señalara la Sala II, de esta Cámara:

"...en lo que se refiere a la asistencia para la integración escolar, tal como lo precisa la sentencia de grado, tal asistencia se encuentra prevista en el art. 17 de la Ley 24.901, régimen al que ha adherido la Provincia del Neuquén. Cabe recordar que las prestaciones que determina la ya citada Ley 24.901 están a cargo de la obra social (art. 2), más allá de la necesidad que los programas de integración escolar, conforme lo requiere la última parte del referido art. 17, deban ser inscriptos y supervisados por la autoridad competente, en el ámbito provincial, el Consejo Provincial de Educación, recaudo este último, que puede ser exigido por la demandada a efectos de cumplir con la cobertura ordenada" (cfr. "Tramaglia C/ ISSN", Expte. 54699/2012)."

"Agregándose: "...En todo caso, podría la demandada otorgar la cobertura de maestra integradora acudiendo ella al Consejo Provincial de Educación, pero no puede denegar la prestación en tanto, como se señaló, la ley la ha puesto a su cargo."

"Cabe señalar que las restantes Salas de esta Cámara de Apelaciones coinciden, en líneas generales, con lo manifestado en el fallo "Tramaglia".

"Por su parte la jurisprudencia nacional también es coincidente con dicha posición. Así, la Cámara 2da. en lo Civil y Comercial de Córdoba determinó que la obra social provincial demandada está obligada a brindar cobertura integral del tratamiento para el autismo recomendado para el hijo de los amparistas en un centro médico no incluido en la nómina de prestadores, pues, si bien la negativa de aquella se fundó en una norma local, el derecho constitucional a la salud



del niño discapacitado se encuentra tutelado por normas de rango superior, máxime cuando su dolencia lo coloca en una situación de extrema vulnerabilidad (autos "A.L., A.N. c/ Administración Provincial de Seguro de Salud", 14/5/2014, LL AR/JUR/19433/2014). En igual sentido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, sostuvo que la obra social está obligada a brindar cobertura integral a su afiliada que porta una discapacidad, más allá de los topes máximos que financia la administración de programas especiales a las obras sociales, en tanto es la única obligada frente al beneficiario (autos "L.V.V. c/ OSADEF", 5/12/2014, DFYP 2015, pág. 267)."

"En tanto que la Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial II determinó que la obra social debe brindar cobertura integral y gratuita del costo que demande la prestación de una maestra orientadora integradora para asistir sanitariamente a un menor de edad que padece un retraso mental leve con deterioro del comportamiento de grado no especificado, y perturbación de la actividad y la atención, ya que están comprometidos derechos esenciales como son el derecho a la salud y a una mejor calidad de vida (autos "D.V. c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos", 1/7/2014, LL AR/JUR/35960/2014)."

"Lo dicho no sólo otorga razón a la sentenciante de grado respecto de la condena impuesta a la demandada, sino que también brinda respuesta a la queja de esa parte respecto a la existencia de un acto manifiestamente ilegal que compromete, en forma actual e inminente, el derecho a la salud de la niña de autos. Desde el momento que se afecta la integralidad de la prestación requerida por la hija del amparista, no solamente se viola la ley, sino que se vulnera el derecho a la salud de la persona menor de edad, portadora de una discapacidad..."



(cfr. Sala II, "SCABECE JORGE ANTONIO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", Expte. N° 72638/2015)", ("PARODI PABLO SEBASTIAN Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", JNQFA2 EXP N° 74741/2016; en el mismo sentido recientemente decidió la Sala III en autos "PETERS GABRIELA LORENA C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", JNQFA3 EXP N° 77861/2016).

Además, el decreto provincial 726/2012, reglamentario de la ley 2644, en su artículo 4° establece que el ISSN podrá requerir a través de la autoridad de aplicación, "las prestaciones que debiendo otorgarse a sus afiliados se encontraren previstas dentro del ámbito de competencias de los diferentes Ministerios u Organismos provinciales, debiendo en cada caso celebrar convenios particulares con estos últimos que contemplen las prestaciones específicas y las que regulen en todos sus aspectos".

En cuanto a las restantes críticas, el recurrente se limita a señalar que no existen informes de los médicos tratantes que otorguen respaldo a que dicho acompañamiento escolar resulta adecuado. Entonces, atento lo expuesto y la generalidad con la que es expresada la disconformidad al respecto, sin que coincida además con las constancias de autos, la queja resulta insuficiente a los fines de conmovier las conclusiones de la A-quo (art. 265 del CPCyC).

Además, resulta aplicable lo sostenido por esta Sala respecto a que "si bien es cierto que el Instituto titulariza un derecho a efectuar auditorías y controles sobre las prácticas médicas, su discrecionalidad se encuentra supeditada a un ejercicio razonable y no arbitrario: y la arbitrariedad en este caso consistiría en no acordar la protección constitucionalmente debida", ("PADUA FABIAN GUSTAVO c/ I.S.S.N. s/ ACCION DE AMPARO", EXPTE. 472081/12).



También respecto a que: *"Cabe recordar que las prestaciones que determina la ya citada Ley 24.901 están a cargo de la obra social (art. 2), más allá de la necesidad que los programas de integración escolar, conforme lo requiere la última parte del referido art. 17, deban ser inscriptos y supervisados por la autoridad competente, en el ámbito provincial, el Consejo Provincial de Educación, recaudo este último, que puede ser exigido por la demandada a efectos de cumplir con la cobertura ordenada."* (Sala II, "TRAMAGLIA GEORGINA Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", Expte. N° 54699/2012), ("BADANO LUCIO ROSENDO Y OTRO C/ ISSN S/ INCIDENTE DE APELACION", JNQFA2 INC N° 1201/2016).

En punto al agravio de la apelante con relación a la indeterminación de la prestación, tampoco es procedente en orden a los términos del pronunciamiento que he transcripto en el inicio. El magistrado concretamente dispone: *"condenando al Instituto de Seguridad Social del Neuquén para que preste la cobertura de apoyo educativo mediante el módulo de Maestra de Apoyo al 100% del valor establecido por el nomenclador nacional emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, conforme la extensión y modalidad en la que sus terapeutas y médicos tratantes prescriban"*.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación del demandado, debiendo soportar las costas generadas por su intervención. Tal mi voto.

El Dr. **Jorge D. Pasquarelli** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:



1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el ISSN y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 144/148 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Las costas de la Alzada estarán a cargo del recurrente (art. 68 del CPCC).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA