



ACUERDO NRO. 7 En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince (15) días de marzo de dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada conforme el Reglamento de División en Salas con el señor vocal doctor **EVALDO D. MOYA** y la señora vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Secretaría Civil Subrogante Dra. **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados **"MORETTI DARIO Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expediente JNQFA3 N° 72742 - Año 2015).

ANTECEDENTES: A fs. 415/419 vta., obra pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial -Sala III-, que modifica parcialmente lo resuelto a fs. 338/346 por la Jueza de Familia de Primera Instancia.

Contra dicha resolución, a fs. 422/431 vta., el actor Sr. **DARIO MORETTI** -en representación de su hijo menor edad P.V.M.- deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley y conferido traslado, a fs. 441/450 el Instituto de Seguridad Social del Neuquén -parte demandada- contesta solicitando su rechazo.

A fs. 456/459 vta. y 463/465 dictaminan el Defensor General y el Fiscal General respectivamente, propiciando la admisibilidad del recurso casatorio.

Posteriormente, a fs. 467/470 vta., mediante Resolución Interlocutoria N° 297/2018, se declara la admisibilidad del recurso extraordinario local 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 primer cuestión planteada, el **Dr. EVALDO D. MOYA** dice:

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

1. A fs. 86/94 el Sr. Darío Moretti y la Sra. Verónica Andrés en representación de su hijo P.V.M., promueven acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Solicitan que se le ordene a la demandada que cubra el 100% del costo del tratamiento terapéutico y de salud que su hijo debe cursar en la Fundación Naceres, comprensivo de sesiones con los profesionales acompañante terapéutico, medicamentos, estudios y demás requerimientos que sean aconsejados por sus médicos tratantes y terapéuticos conforme la normativa tuitiva del régimen de discapacidad, Constitución Nacional y Provincial, Tratados Internacionales.

Asimismo piden que se ordene a la accionada a cubrir el costo de las atenciones del médico neurólogo de su hijo, el Dr. Claudio Guercetti, quien ha dejado de ser prestador del Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Peticionan el dictado de medida cautelar innovativa en relación a la pretensión de fondo.

Explican que su hijo padece el Síndrome Dravet, un síndrome epiléptico degenerativo, en el cual a causa de las repetidas crisis origina trastornos generalizados del desarrollo TGD y del aspecto autista TEA.

Expresan que en el año 2011 comenzó tratamiento en la Clínica San Lucas y luego de asistir varios meses decidieron cambiarlo de centro pues no estaban conformes con la atención recibida.

Frente a esa situación, afirman, que la Jefa de Auditoria de Discapacidad de la aquí accionada, les indicó que



debían renunciar por escrito y optar por otro centro prestador o eventualmente uno no prestador bajo la modalidad de reintegros.

Manifiestan que suscribieron la nota y comenzaron la búsqueda de un nuevo instituto, y para febrero del año 2014, habiendo pasado por muchas listas de espera, fueron convocados por el equipo de Naceres, donde P.V.M. comenzó su tratamiento terapéutico el que continúa al momento de interponer la acción.

Relatan que les fueron autorizadas coberturas parciales de algunas prestaciones y otras directamente fueron desconocidas sin que se les reintegre ningún monto. Afirman que el Instituto de Seguridad Social de Neuquén no cubre las entrevistas que los profesionales de la Fundación realizan periódicamente con la Escuela Especial Quelluen a la que asiste su hijo P.V.M., ni el acompañamiento terapéutico solicitado por el neurólogo y el equipo interdisciplinario de aquella.

Ello motivó que interpusiera recurso de reconsideración, sin respuesta por parte del ISSN.

Se explayan sobre las previsiones de la Ley 24901, y el sistema de prestaciones básicas en rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, sobre la cobertura total que prescribe la norma, y afirman que la Obra Social no escapa al carácter de sujeto obligado al cumplimiento de la misma desde que la Provincia de Neuquén adhirió a la norma por Ley 2644.

Señalan que se generaría un perjuicio a su hijo si se rompiera el vínculo con sus actuales terapeutas para iniciar un tratamiento cuyos resultados serían inciertos y su admisión por parte de nuevos prestadores, atento la situación en que se encuentran éstos con el Instituto de Seguridad Social de Neuquén sería una utopía.



Manifiestan que la eficacia del tratamiento que su hijo viene cursando no puede pasarse por alto argumentando que no son sus prestadores. Afirman que la elección de la Fundación Naceres no es caprichosa, sino que fue la única alternativa ya que la accionada no contaba, ni cuenta, con centros prestadores que admitan a sus afiliados y puedan desarrollar un tratamiento de similares características a las de Naceres.

Efectúan un detalle de las sesiones mensuales comprensivas del tratamiento de su hijo prescriptas por el Dr. Guercetti (fs. 88 in fine y 89).

Citan jurisprudencia y se expiden sobre la admisibilidad de la acción promovida, y procedencia de la vía.

Solicitan el dictado de medida cautelar innovativa.

Peticionan asimismo se les reintegre la totalidad de los montos abonados con motivo del tratamiento, condenándose a la accionada a cumplir con los reintegros de la totalidad de las sumas abonadas como consecuencia del tratamiento cuya cobertura desconoce, haciendo reserva de liquidar las sumas adeudadas conforme la prueba a incorporarse en autos.

2. A fs. 230/241 vta., el Instituto de Seguridad Social de Neuquén contesta demanda, y solicita su rechazo. Dice que la Fundación Naceres no es un centro de rehabilitación de la obra social dado que no acepta los valores establecidos en conjunto entre todos los centros prestadores de la provincia, y establece en forma unilateral sin parámetros los valores de las sesiones de rehabilitación y otras prácticas médicas.

Afirma que los valores en el nomenclador nacional están muy alejados de los que establece la Fundación.

Sostiene que el costo máximo de reintegro que abona el Instituto de Seguridad Social de Neuquén es el precio que por las mismas prestaciones perciben sus prestadores.



Indica que ese organismo ha garantizado en forma integral la salud del niño, en todos los requerimientos que han realizado sus progenitores, dado que P.V.M. se encuentra enrolado en el plan "D" de Discapacidad garantizándole la cobertura al 100% del tratamiento de rehabilitación mensual vía reintegro, a valores de Instituto de Seguridad Social de Neuquén, a realizar en el centro no prestador.

Señala que ha otorgado de modo excepcional la cobertura requerida en forma mensual y por la vía del reintegro desde 01/2015 al 31/12/2015. Por ello, afirma, ha cumplido con anterioridad a la interposición de la demanda con lo requerido por los actores.

Manifiesta que así como la renovación es elección de los padres del niño, la opción de atención de la discapacidad en un centro no prestador como Naceres también obedece a razones personales tenidas en cuenta por los padres que no se vinculan con criterio médico. Refiere que P.V.M. ha recibido la cobertura de los tratamientos médicos requeridos por su médico tratante acorde su patología según las normas aplicables por el Instituto de Seguridad Social de Neuquén desconociendo los motivos por los que se acude al Centro No Prestador Fundación Naceres.

En relación a la cobertura de acompañante terapéutico señala que la misma no está reconocida o avalada por Salud Pública de la Provincia de Neuquén, dado que falta la reglamentación de dicha actividad, por no existir título habilitante. Dice que si la obra social reconociera esta prestación estaría consintiendo una actividad ilegal, independientemente de destacar que no existe constancia que demuestre que los actores la hayan petitionado.

Señala que el médico tratante del niño, al completar el formulario "D" no menciona petición de cobertura de acompañante terapéutico lo que acredita la falta de reclamo.



En relación a la cobertura de medicamentos, afirma que P.M. se encuentra enrolado en el Plan D en el que se encuentra garantizada la cobertura de toda la medicación que requiera para su patología como se le ha concedido hasta el momento.

Describe como se realiza administrativamente el trámite de solicitud e indica que en lo que se refiere al Diazepam Itrarectal "Diactal" Levetiracetam, dado que son medicamentos que se autorizan por vía de excepción por estar fuera de formulario terapéutico requiere, según criterio de la Auditoria, un informe ampliado del médico, los cuales a lo largo de estos años fueron autorizados, habiendo dado cumplimiento a este punto con anterioridad a la acción.

Afirma que no existe razón para promover acción de amparo ya que ha brindado cobertura 100% a todos los medicamentos por lo que no existió acto u omisión manifiestamente ilegítima y/o arbitraria de su parte.

En acápite separado indica que la cobertura de integración escolar no ha sido peticionada por los actores, reiterando que el Dr. Guercetti no lo incluyó al completar el formulario D.

Sin perjuicio de ello, considera que la prestación debe ser afrontada por el Consejo Provincial de Educación, pues a esa obra social le compete solo otorgar cobertura médica quedando fuera de la misma el apoyo a la integración escolar.

Manifiesta que no se ha acreditado médicamente que los centros prestadores del ISSN no pueden atender las necesidades del niño, quedando dicha prueba bajo exclusiva responsabilidad de los padres.

Señala que los valores que establece Naceres obedecen a cuestiones netamente de infraestructura interna o no se ajustan a parámetros o medidas provinciales o nacionales para establecerlos.



En relación a los reintegros indica que deben ser rechazados.

3. Se celebra audiencia con las partes in que fuera posible arribar a un acuerdo conciliatorio.

4. A fs. 246 toma intervención el Fiscal de Estado.

5. A fs. 253 se dictó resolución concediendo parcialmente la medida cautelar requerida por la actora y ordenando al ISSN brindar la cobertura del 100% del costo real de tratamiento prescripto por el Dr. Guercetti en la Fundación Naceres, y en igual porcentaje las consultas que deban efectuarse a dicho galeno.

6. A fs. 259/264 los actores denuncian el incumplimiento de la medida cautelar supra referenciada.

7. A fs. 319 dictamina la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente en favor de que se haga lugar a la demanda a fin de garantizar el derecho del niño, por entender que cuando los profesionales de la salud recomiendan iniciar o continuar un tratamiento médico en una institución determinada que no se encuentra incluida en la lista de los prestadores que han suscripto convenio con la administración, la misma debe ser aceptada.

Entiende que conforme los informes de la causa el niño P.V.M. debe continuar el tratamiento indicado con el equipo que viene trabajando esa situación y que debe designársele acompañante terapéutico.

8. A fs. 322/323 dictamina el Fiscal, sostiene que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial y que su derecho a la salud ha de primar sobre cualquier otra consideración de índole económica y que la entidad encargada de brindar las prestaciones tiene el deber de preservar la indemnidad del afiliado mediante la prestación del servicio de salud con la mayor diligencia o cuidado posible.



9. A fs. 338/346 la Jueza de Familia de Primera Instancia resuelve, ordenar a la obra social demandada que cubra en forma íntegra y total el 100% del costo real del tratamiento que realiza el niño en la Fundación Naceres, comprensivo de todas las prestaciones que resulten justificadas por el Equipo interdisciplinario de esa fundación y/o de los médicos tratantes; siempre y cuando los montos facturados no excedan los máximos fijados por el nomenclador nacional de prestaciones convalidado por la Superintendencia de Servicios de Salud, o por el organismo que eventualmente le suceda en esa función.

Por último, respecto **al reintegro** de las sumas abonadas por los actores, resuelve seguir el criterio fijado por la Cámara de Apelaciones local que entiende que corresponde la devolución de las sumas abonadas por el afiliado para la cobertura del tratamiento porque ello hace a la cobertura integral por caso de discapacidad. (Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial; Sala II, autos "V., P. O. C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO" Expte: 28761 - Año 2006, res. de fecha 4/4/2007).

A tal efecto dispone que la actora denuncie los montos y practique planilla oportunamente.

10. A fs. 352/355 apela la parte demandada y a fs. 361/363 vta. la actora.

11. A fs. 387 se convoca audiencia de partes, que tiene lugar a fs. 390, 401 y 413 sin arribar a acuerdo.

12. A fs. 415/419 vta. la Cámara de Apelaciones dicta sentencia y modifica parcialmente la resolución obrante a fs. 338/346, en lo referido a la cantidad de horas asignadas al acompañante terapéutico, confirmándola en lo demás que fuera materia de agravios.

Al fundar su voto el Juez Dr. Fernando Ghisini entiende que hubo un error en la sentencia, al afirmar que el plan terapéutico requiere 24 horas diarias, por cuanto del



certificado médico extendido por el Dr. Claudio Guercetti (fs. 263) surge que, P.V.M. requiere acompañante terapéutico para terapias cognitivo - conductuales, por 6 horas semanales, vale decir, 24 horas mensuales.

En razón de ello resuelve que la sentencia de grado sea corregida en este punto.

En cuanto al agravio de la parte actora referido a que el nomenclador nacional no puede funcionar como tope o limitación del monto de las prestaciones que enumera, coincide con la Jueza de Primera Instancia en que los montos facturados no deberán exceder los máximos fijados por el nomenclador nacional de prestaciones, convalidado por la Superintendencia de Servicios de Salud, o por el organismo que eventualmente le suceda en esa función.

Y también, en cuanto agrega que la limitación al máximo de los valores reconocidos por la Superintendencia de Servicios de Salud aparece como la solución más justa en aras de garantizar la cobertura integral al pequeño, sin exponer a la obra social al pago de sobrepagos o a la fijación unilateral de los mismos por parte del centro tratante lo que pareciera ser el fundamento de su negativa en la cobertura.

En esa línea de pensamiento se remite a su adhesión al voto de la Dra. Patricia Clerici en la causa: **"CARRERA DANIELA Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"**, (JNQC13 EXP N° 377946/2008), en donde entre otras cosas dijo: "Sin embargo, la ausencia de referencia al respecto no quiere decir que la obra social se encuentre obligada a abonar cualquier costo por la prestación comprometida, en tanto ello introduciría un elemento de inseguridad económica en el desarrollo de la actividad a cargo de la demandada, además de otorgar a las instituciones no prestadoras la facultad de fijar arbitrariamente el precio de sus prestaciones, con la consecuente obligación de la obra social de abonar dicho precio determinado unilateralmente. "Es por ello que el



reintegro comprometido en el acuerdo de autos no puede superar los valores del nomenclador nacional, el que se constituye en una pauta objetiva y acorde al sistema al cual se encuentra integrada la demandada, en tanto obra social.

Consecuentemente el valor hora del acompañante terapéutico, como la retribución para el Módulo de Integración Escolar se deben adecuar a las modalidades y a los precios fijados por el Ministerio de Salud de la Nación para las prestaciones determinadas por Resolución N° 428/1999, los que actuarán como topes para el reintegro comprometido por la demandada".

13. A fs. 422/431 vta. la actora deduce recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley.

Solicita que se case la sentencia recurrida, condenando a la obra social demandada a cubrir las prestaciones requeridas al 100% del valor real de las mismas en el marco del tratamiento interdisciplinario que el niño P.V.M lleva a cabo en la Fundación Naceres.

Afirma que en las actuaciones, la obra social nunca puso en duda la necesidad e idoneidad del tratamiento que P.V.G. realiza en la Fundación Naceres, consintiendo la justificación médica y necesidad de P.V.M. de continuar siendo asistido por los profesionales de la Fundación, accediendo a cubrir el tratamiento mediante reintegros mensuales, pero a valores parciales.

En cuanto al acompañante terapéutico, expresa que la obra social reglamentó a medias la figura durante el trámite del proceso, autorizando a modo de reintegro mes a mes la prestación, dejando en cabeza de la familia conseguir una persona dispuesta a percibir tal valor y afrontar el pago mensual.

Por ello, entiende que la cuestión que se discute es netamente económica, debiendo determinarse si corresponde cubrir el tratamiento a los valores presupuestados por la



Fundación Naceres o por el contrario, si corresponde limitar dicha cobertura a los valores dispuestos por la Resolución Administrativa del Ministerio de Salud de la Nación.

Sostiene que tanto la Jueza de Primera Instancia como los Camaristas se pronunciaron a favor de esa última variante, omitiendo el planteo efectuado por su parte, en torno a que el mencionado nomenclador no resulta oponible a la relación obra social/afiliado y solamente regula el vínculo jurídico obra social/estado nacional.

Explica que el Ministerio de Salud de la Nación no regula ni fija el valor que las obras sociales deben abonar a los profesionales de la salud, sino que solamente determina los valores de cada una de las prestaciones brindadas en el marco de la ley 24901 respecto de las cuales las obras sociales y empresas de medicina prepaga recibirán los reintegros.

Expresa que el hecho de que la Fundación Naceres cobre por sus servicios un monto mayor al nomenclador nacional para algunas de sus terapias no es óbice para eludir su cobertura integral, al 100% de su valor, cuando en el caso concurra el requisito ineludible que lleva a determinar la necesidad de que sea ese el profesional que deba intervenir, en base a la idoneidad y falta de alternativas equivalentes dentro de los prestadores de la obra social.

Señala que esta solución viene dada por el artículo 39 de la Ley 24901, que expresamente prevé esa circunstancia y respecto de la cual nada han dicho los magistrados intervinientes.

Afirma que el valor que el Instituto de Seguridad Social pretende abonar al acompañante terapéutico hace que no exista ningún profesional que acceda por cuanto se trata del 50% del valor de la consulta de un psicólogo (\$144 la hora). Y agrega que aun cuando pueda encontrarse una figura equivalente en el nomenclador nacional, dicha regulación no podría actuar



como tope, pues solo resulta oponible en la relación obra social/estado nacional para regular los montos que las obras sociales reciben como reintegro de las prestaciones que brindan a sus afiliados

Además sostiene que el referido nomenclador nacional ostenta rango de resolución administrativa motivo por el cual no puede oponerse al espíritu de la ley que inspira su razón de ser, tal el caso de la Ley 24901, a la cual nuestra provincia adhirió mediante Ley 2644.

Enfatiza que en modo alguno puede considerarse que dicho nomenclador pueda funcionar como tope o limitación del monto de las prestaciones que se encuentran medicamente justificadas.

Explica que la obligación de la obra social es garantizar la cobertura de las prestaciones de un afiliado con discapacidad necesite mediante sus prestadores y en el caso de no ser posible encontrar uno idóneo que pueda llevar a cabo el tratamiento, se habilita la cobertura fuera de ellos.

Afirma que el incumplimiento de esa obligación esencial lleva a que la obra social deba asumir los mayores costos al tener que abonar honorarios a profesionales que no son prestadores, pero esos mayores costos no pueden colocarse en cabeza del afiliado.

Explica que por su parte, no eligieron caprichosamente a la Fundación Naceres sino que en su momento no tuvieron opción frente a la falta de alternativas ofrecidas por la obra social, y una vez iniciado el tratamiento y acreditados los avances logrados, no puede sujetarse ello a una variable económica motivada en el incumplimiento del Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Afirma que la causal de inaplicabilidad de Ley se configura en el fallo cuando dispone: "el reintegro comprometido por la obra social no puede superar los valores del nomenclador nacional, el que se constituye en una pauta



objetiva y acorde al sistema al cual se encuentra integrada la demandada, en tanto obra social".

Manifiesta que la decisión recurrida resultaría arbitraria porque tiene por cierto que con la intimación cursada se pretende hacer abonar a la demandada "cualquier costo por la prestación comprometida", sin especificar ni mencionar siquiera mínimamente cuál es tal costo y cuál sería el que correspondería, para dejar en evidencia la pretensa irracionalidad.

Luego sostiene que la Alzada se pronuncia en términos absolutamente hipotéticos, en cuanto a que se daría lugar a las instituciones no prestadoras a fijar arbitrariamente el precio de sus prestaciones y la obra social tendría que abonar el precio fijado unilateralmente.

Señala que la Cámara de Apelaciones se apartaría del criterio sentado en la materia por el Tribunal Superior de Justicia en autos "Muñoz" y "Álvarez", en los que se habría avalado la cobertura integral de dos niños con discapacidad respecto de las prestaciones proporcionadas por la Fundación Naceres.

Explica -con cita del Dr. Pablo Rosales- el rol, en el marco de la ley 24901, de las obras sociales y las prestaciones a las personas con discapacidad, previstos en la Resolución N° 400/99 del Ministerio de Salud y Acción Social.

Allí precisa que el artículo 39 de la Ley 24901 enumera servicios de cobertura social obligatoria incluyendo: a) atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características de la patología, b) aquellos estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados en la ley.

Señala que la Resolución N° 400/99 del Ministerio de Salud y Acción Social establece el "Programa de Cobertura del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con



Discapacidad" y que dispone que los subsidios o apoyos financieros son facultativos para la Administración de Programas Especiales (A.P.E.), es decir que aunque no sean otorgados ello no significaría que la Obra Social quede liberada de proveer el servicio.

Además sostiene que de ese marco regulatorio surgiría que la única obligada frente al beneficiario sería la obra social, y que los valores de los módulos que establece la reglamentación serían topes máximos del precio a financiar por la Administración de Programas Especiales (A.P.E.) lo que significaría que la diferencia entre el tope que se financiaría y el valor de la prestación -si fuere mayor- debería ser financiado por la obra social y no por el beneficiario.

Expone su opinión en cuanto a que la limitación impuesta por el fallo recurrido, no se ajusta a las previsiones de la ley y va en desmedro de los intereses del niño P.V.M., a los que justamente la Constitución Nacional, provincial y los Tratados Internacionales llaman a intensificar atendiendo a su mayor vulnerabilidad.

Solicita se case el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones y se condene a la obra social a cubrir al 100% del valor real de las prestaciones que P.V.M. lleva a cabo en la Fundación Naceres de acuerdo a la extensión y modalidad que prescriban sus médicos tratantes.

14. Corrido traslado a la contraria, contesta a fs. 441/450 y solicita se rechace el recurso.

15. Conferida intervención al Sr. Defensor General, a fs. 456/459 vta. dictamina en favor de la admisibilidad del recurso.

16. Luego, a fs. 467/470 vta. se expide el Sr. Fiscal Subrogante ante este Tribunal Superior de Justicia, propiciando también la apertura de la instancia extraordinaria.



17. A fs. 261/263 vta. por Resolución Interlocutoria N° 297/18 se declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido.

18. A fs. 472/474 dictamina el Sr. Defensor General propiciando que se deje sin efecto la resolución en crisis, por considerarla violatoria del derecho constitucional a la salud y del interés superior del niño P.V.M.

En sustento de su postura invoca el artículo 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, Constitución Provincial (artículos 50 y 134) Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en particular la Convención Internacional de Derechos del Niño, Observaciones Generales N° 14 (interés superior del niño) y 15 del Comité de Derechos del Niño (derecho a la salud) y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Destaca la doble tutela constitucional que detenta el niño P.V.M. por su calidad de niño y persona con discapacidad.

Señala que la Ley 24091, a la cual adhiere nuestra provincia mediante Ley 2644, consagra expresamente un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y establece que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley que necesiten las personas con discapacidad afiliadas ya sea mediante servicios propios o contratados.

Cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en los fallos "Lifschitz" y "Maldonado", entre otros.

Concluye que la resolución cuestionada resultaría violatoria del derecho constitucional a la salud, debiendo priorizarse el interés superior del niño P.V.M. que consiste en recibir las prestaciones en forma integral en la Fundación Naceres con una cobertura del 100%, porque de no ser así se verían conculcados sus derechos.



Solicita se deje sin efecto la resolución recurrida.

19. A fs. 476/481 dictamina el Sr. Fiscal General Subrogante, quien -con invocación de la normativa constitucional, convencional, Leyes 24901 y 2644-, solicita se declare procedente el recurso de casación interpuesto por los amparistas con fundamento en el artículo 15 de la Ley 1406 y se intime a demandada a dar cobertura al niño P.M. conforme presupuesto de la Fundación Naceres.

II. Sentado lo expuesto, corresponde señalar que la instancia se abrió en razón de que se encuentran involucrados derechos del niño P.V.M. de 10 años de edad, a quien el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujeto activo de derechos, le asigna especial protección, privilegiando su interés superior y que además se trata de una persona con discapacidad, razón por la cual le asiste una mayor protección del sistema jurídico.

1. Ello es así en virtud del compromiso internacional asumido por la República Argentina como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención de Derechos del Niño y el mandato constitucional de *"promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"* (artículo 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional).

En consonancia con lo señalado, nuestra Constitución provincial en su artículo 50 establece que el Estado garantiza el pleno desarrollo e integración económica y cultural de las personas con discapacidad, a través de acciones positivas que les otorguen igualdad real en el acceso a las oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los



derechos, que promueve y ejecuta políticas de protección integral y de fortalecimiento del núcleo familiar, tendientes a la prevención, rehabilitación, educación y capacitación e inserción social y laboral.

También el Máximo Tribunal Nacional ha destacado que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (Fallos 327:2127 "Martín"; 327:2413 "Lifschitz"), que el sistema de protección integral de las personas con discapacidad tiene como objetivo conceder a quienes se encuentran en esa condición, franquicias y estímulos que le permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (Fallos 313:579) y que es obligación de todas las prestadoras de salud hacer su máximo esfuerzo por satisfacer el derecho a la salud de los niños con discapacidad, por lo cual a la demandada no le resulta ajena la obligación de brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de su discapacidad (Fallos: 331:1449 "Segarra").

En ese marco, se sancionó la Ley 24901 que instituye un Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarle una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (artículo 1°).

La norma mencionada, establece que las obras sociales, comprendiendo por tales a las entidades enunciadas en el artículo 1° de la Ley 23660 tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en esa Ley, que necesitan las personas con discapacidad afiliadas (artículo 2°).

Además, dispone que las prestaciones que prevén se financiarán, cuando se tratare de personas beneficiarias del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidas en el inciso



a) del artículo 5° de la Ley 23661 (“beneficiarios comprendidos en la Ley de obras sociales”) -con excepción de los jubilados y pensionados del régimen Nacional de Previsión y sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones-, con recursos provenientes del Fondo Solidario de Redistribución previsto en el artículo 22 de dicha ley (artículo 7°, inciso a).

Cabe tener presente que la Provincia del Neuquén adhirió a la Ley 24901 con la sanción de la Ley 2644 (27/5/2009), que en su artículo 2 incluye al Instituto de Seguridad Social de Neuquén entre los entes necesarios para la implementación de la adhesión (junto al JUCAID, Ministerio de Salud y Seguridad Social y el Ministerio de Gobierno, Educación y Cultura) y establece un plazo de 90 días para la implementación de la Ley.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo Provincial mediante el Decreto N° 0726/12, 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 2).

2. Establecido el plexo normativo que rige la materia bajo análisis, corresponde precisar que la persona titular de los derechos constitucionales cuya protección se debate en el marco de esta acción constitucional de amparo, es el niño P.V.M. de diez años de edad, quien padece síndrome de Dravet (fs.86vta.), trastornos de conducta. epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos generalizados (certificado de discapacidad JUCAID fs. 81).

En función de ello, y atendiendo a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino en orden a garantizar los derechos de las personas con discapacidad y la prioridad que debe asignarse a la protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes -en virtud del agravio constitucional expresado por los representantes legales de



P.V.M. y los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa-corresponde analizar si la solución dispuesta por la Cámara de Apelaciones, ha considerado primordialmente el interés superior del niño P.V.M., y si es la que lo satisface de manera más efectiva, o si por el contrario ha omitido su correcta ponderación.

Cabe recordar que el interés superior del niño, fue consagrado en la Convención de Derechos del Niño (artículo 3 CIDN - artículo 75, inciso 22) Constitución Nacional) y sus alcances se precisan en la Observación N° 14 del Comité de Derechos del Niño.

También, se debe tener presente que es un concepto central en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26061 (artículo 3°).

En el ámbito local se consagra en el artículo 47 de la Constitución Provincial y artículo 4° de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N° 2.302.

Ahora bien, a partir de la sanción de la Convención Internacional de Derechos del Niño en 1989, se ha ido conformando un plexo normativo que brinda precisas directrices en cuanto su interpretación y alcances, y en particular respecto del principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3, que obliga a los Estados partes.

Recordemos que la Convención citada establece en su artículo 3.1:

“en todas las medidas concernientes a 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”.

Y además, crea en sus artículos 43 y 44 un órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, al que



denomina "Comité de los Derechos del Niño" (en adelante C.D.N.). De modo similar la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, crea el "Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (artículo 34).

Precisamente, para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité de Derechos del Niño se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia internacional y para ello ha emitido hasta el presente 18 Observaciones Generales.

En lo que aquí interesa cabe remitirnos a la Observación General N° 14, del 29 de mayo de 2013 "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

En el punto 1.A.6 "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso



de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

Ahora bien, de la lectura de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones se advierte que se ha omitido la consideración del interés superior del niño.

Corresponde remarcar la especial entidad de la omisión que se verifica en el decisorio bajo análisis, por el carácter constitucional del derecho de cuya ponderación se prescinde (artículo 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional), la calidad de la persona titular, a quien se debe especial protección por ser niño y persona con discapacidad (cfr. Reglas de Brasilia, Acuerdo N° 4612/10 T.S.J. y Acordada N° 5/09 C.S.J.N., Convención Derechos de las Personas con Discapacidad -artículo 7-, Convención de Derechos del Niño, Observación General N° 9 Comité de Derechos del Niño "Los Derechos de los Niños con Discapacidad"), y por encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la comunidad jurídica internacional.

Y es que, la ponderación del interés superior es una consideración primordial que compete y obliga a todos los organismos del Estado (incluidos los tribunales), puestos a



tomar una decisión que involucre derechos de niños, niñas y adolescentes.

Cabe alertar acerca de que el cumplimiento de la manda constitucional-convencional, no se agota con la simple invocación de que se ha tenido en cuenta "el interés superior", sino que éste debe ser objeto de concreta y explícita evaluación y determinación, sopesando los diversos intereses en juego, conforme el procedimiento establecido en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, p. V) Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño.

Es así, por cuanto el interés superior del niño es un concepto dinámico, que abarca diversos temas en constante evolución.

Ha sido definido como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos" (artículo 3 de la Ley 26061 y 4 de la Ley 2302).

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (conf. Observación General N° 5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).

Y su "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (cfr. Observación General N° 14 Comité de Derechos del Niño IV, 4.)

Luego, la interpretación de las normas aplicables para resolver el caso debe ser la que satisfaga de manera más efectiva aquel interés superior del niño en concreto. (Punto I.A. 6 b) Observación General N° 14 Comité de Derechos del Niño).

Además, en la fundamentación del resolutorio debe explicitarse cómo la decisión adoptada es la que mejor



garantiza el interés superior del niño. (Punto I.A.6 c) Observación General N° 14 Comité de Derechos del Niño).

En el caso, como ya se consignó, la sentencia recurrida no cumple con la exigencia de tener en consideración primordial el interés superior del niño P.V.M. a la hora de resolver sobre sus derechos.

Cabe ponderar, además, la relevancia de los derechos involucrados (salud, educación, inclusión social, tutela judicial efectiva) y la especial protección que el ordenamiento convencional y constitucional asigna a la infancia.

En función de lo señalado precedentemente, conforme doctrina sentada por este Tribunal Superior en Resolución Interlocutoria N° 3/16 "DEFENSORÍA" y Acuerdo N° 28/16 "A.J.E." del Registro de la Secretaría, es necesario en esta instancia cumplir con la evaluación y determinación del interés superior del niño P.V.M., dotando de contenido concreto a los derechos que deben ser considerados, en los términos que manda la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño.

Así, evalúo que el interés superior del niño P.V.M. se integra con:

a) el derecho a la salud (artículo 25 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad).

b) derecho a recibir prestaciones de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud ... la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad (artículo 26 Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad).



c) derecho a la educación (artículo 24 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad). "Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión."

d) derecho a recibir la cobertura total de las prestaciones de habilitación y rehabilitación previstas en la Ley N° 24901 en su calidad de adolescente con discapacidad (artículo 2) y Ley Provincial N° 2644.

En particular, a que se garanticen las prestaciones preventivas, controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo psico-físico y social (artículo 14), prestaciones de rehabilitación (artículo 15), prestaciones terapéuticas educativas, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico-recreativo (artículo 16), prestaciones educativas (artículo 17), acciones de enseñanza-aprendizaje mediante programación sistemática específicamente diseñada, prestaciones asistenciales (artículo 18).

e) derecho a la vida familiar. (Artículo 23, inciso 3 de la Convención Internacional de los derechos de las



personas con discapacidad). Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

f) El derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona en situación de vulnerabilidad del niño titular de los derechos en juego (artículo 58 y 59 Constitución Provincial).

Ahora bien, una vez cumplida la evaluación del interés superior, procedo a sopesar los derechos involucrados, dotados de contenido concreto y a determinar el interés superior del niño P.V.M. en particular.

Así, el análisis de las constancias de autos me permite concluir que el interés superior del niño P.V.M. de 10 años de edad, persona con discapacidad, afiliado a la obra social Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN) que debe considerarse en forma primordial está constituido por su derecho a recibir la cobertura total del costo real de las prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación para personas con discapacidad previstas en la Ley 24901 (adhesión Ley provincial 2466) y a recibir una respuesta jurisdiccional que tutele ese interés superior de manera efectiva.

Luego, ya evaluado y determinado el interés superior del niño P.V.M. en concreto, se verifica que la decisión de la Cámara de Apelaciones -que confirma en lo sustancial la decisión de la Jueza de Primera Instancia en tanto fija un tope a la obligación de la obra social de brindar cobertura de las prestaciones de salud a P.V.M.- lesiona el mentado interés superior.



La limitación introducida por los jueces de las instancias anteriores pone en riesgo la continuidad de los tratamientos de habilitación y rehabilitación integral que recibe el niño P.V.M. y que se orientan a su desarrollo integral, familiar, inclusión escolar y social, por cuanto el monto dispuesto resulta insuficiente para cubrir el costo de las prestaciones que recibe de la Fundación Naceres, institución que lo asiste desde hace varios años.

3. Ahora bien, la Ley 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.

En el artículo 11, precisa cual es la población beneficiaria: Las personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal, programas preventivo-promocionales de carácter comunitario, y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas.

Puntualmente en cuanto a las prestaciones de rehabilitación el artículo 15 establece que son aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que un persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra



índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios.

Y precisa que: "...En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera...".

Por otra parte las prestaciones terapéutico-educativas y educativas están previstas en los artículos 16 y 17.

Además en el artículo 39, dispone que las obras sociales tienen también la obligación de brindar las prestaciones a través de profesionales no prestadores, en los siguientes casos: "Será obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así lo determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley."

Luego, como ya se ha dicho, la Provincia de Neuquén adhirió a la Ley 24901 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación integral a favor de las Personas con discapacidad (artículo 1 Ley 2466), designó al Instituto de Seguridad Social de Neuquén como uno de los entes necesarios para la implementación (artículo 2) y determinó que la Obra Social Provincial deberá otorgar las prestaciones que le corresponden en el marco de su competencia.

Consecuentemente, se verifica con las constancias de la causa que el niño P.V.M. es una de las personas beneficiarias del sistema establecido y la obra social aquí demandada se encuentra obligada a cumplir con la cobertura



total de las prestaciones prescriptas previstas en la Ley 24901 que recibe por parte de la Fundación Naceres.

Teniendo en cuenta lo anterior y en función de los fundamentos del decisorio en crisis, es necesario señalar que la cuestión atinente a los mecanismos administrativos de la obra social dispuestos para el cumplimiento de sus obligaciones, es materia ajena a esta acción de amparo que tiene por objeto la protección constitucional de derechos del niño con discapacidad P.V.M. y de ningún modo pueden constituirse en obstáculo para su plena satisfacción.

En ese sentido cabe aclarar que el sistema de apoyo financiero, proveniente del Fondo Solidario de Distribución, para los agentes del seguro de salud (artículo 7, inciso a) Ley 24901), a través del régimen de reintegros a las obras sociales de acuerdo al nomenclador nacional (reglamentado por la autoridad administrativa nacional mediante las Resoluciones N° 400/99, 428/99, 1511/12 y sus modificatorias), resulta ajeno al beneficiario, a quien las obras sociales, como obligadas primarias a la cobertura, deben asegurar las prestaciones previstas en la Ley 24901 con una cobertura del 100% (artículo 2).

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que a fs. 447vta. la propia obra social demandada expresa que no integra el sistema de reintegros como erróneamente sostiene el fallo de Cámara a fs.418vta. ("... no recibe reintegros del gobierno nacional... Es por ello que la Resolución Nacional N° 400/99 se aplica para obras sociales que reciben subsidios o apoyos financieros por la Administración de Programas Especiales (A.P.E.) actual Sistema Único de Reintegros (S.U.R.) no siendo el caso de mi mandante ...").

En el marco indicado y en esta instancia extraordinaria, lo que corresponde analizar es si el mecanismo concreto utilizado en el caso, resulta idóneo y eficaz a los fines de dar efectivo cumplimiento a la serie de derechos y



obligaciones ya reseñada, que tiene como beneficiario -en este caso- al niño P.V.M. y como legitimada pasiva -obligada- al Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Y es claro que la conclusión es negativa.

En función de ello, es que también se concluye que lo decidido en la resolución en crisis no cumple con la normativa constitucional y legal ya referida, por establecer límites no previstos en la legislación aplicable para la cobertura de las prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a las personas con discapacidad, y que claramente menoscaban la posición del niño beneficiario, quien además -como ya se ha dicho- cuenta con protección constitucional múltiple por su situación de vulnerabilidad (por su edad y discapacidad).

En consecuencia, la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones infringe las disposiciones de Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Ley 24901 -artículos 2, 6, 16, 17 y 39- y Ley 2644).

4. Este Tribunal Superior de Justicia, resolvió recientemente con los mismos fundamentos un caso con aristas similares en Acuerdo N°1/19, autos "CARRERA, DANIELA c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN (ISSN)s/amparo" (mi voto con adhesión del Dr. Roberto G. Busamia).

Esta interpretación reconoce como antecedente el Acuerdo N°50/15 "F.J.M. Y OTRA C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ACCIOÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" Expediente N°2160/07 de la Secretaría de Demandas Originarias, en un caso que también guarda similitud con el presente (con mi adhesión al voto del Dr. Oscar Massei).

En efecto, en dicha causa se analizó una acción procesal administrativa promovida por la madre y el padre de una niña, en reclamo de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento por parte del Instituto



de Seguridad Social del Neuquén de sus obligaciones legales, constitucionales y convencionales, en el período previo al dictado de la sentencia de una acción de amparo.

En tal acción de amparo se hizo lugar a la demanda "... disponiendo que el ISSN deberá arbitrar 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, aun cuando éste no revista el carácter de prestador de la misma ...".

Y se aclaró: "... la sentencia dictada lo es en el amplio sentido de que la obra social debe cubrir el 100% de las prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación que la niña realice en el centro terapéutico de su elección, lo que obviamente incluye las prestaciones enumeradas en escrito de inicio de la acción y que se efectúen en el centro terapéutico Naceres que es el que han elegido y no es prestador del ISSN. (Expediente N° 13125/03)".

Este Tribunal Superior de Justicia señaló en el citado Acuerdo N° 50/15: "... No hay margen para interpretar algo distinto a lo que se sustentó en aquel resolutorio. Lo que fue reconocido debió ser cubierto por la demandada, con anclaje constitucional desde el momento del requerimiento de la cobertura, sin necesidad de accionar judicialmente para alcanzar ese objetivo ...".

5. En sentido concordante al presente análisis, resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los expedientes "Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejercito, s/ sumarísimo" (18/6/2008) y "Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina s/amparo" (8/6/2004).

En el caso mencionado en primer término, el Máximo Tribunal de la Nación, confirmó la decisión que dispuso que el I.O.S.E. debía reconocer la cobertura total de las



prestaciones brindadas al amparista por el Instituto Seguir Creciendo -centro de día, jornada simple- sin límite temporal, como así también regularizar la cobertura de los meses adeudados.

"... la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23660, 23661 y 24901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de los discapacitados a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutela en la materia (ver doctrina de Fallos: 327:2127).

"... Conviene recordar, igualmente, que los menores y/o discapacitados a más de la especial atención que merecen de quienes sean directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos...".

En la causa mencionada en segundo término, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en favor de los padres de una niña con discapacidad que por la vía del amparo reclamaron a la Fuerza Aérea Argentina (Dirección General de Bienestar del Personal de la Fuerza Aérea) que se hiciera cargo del tratamiento integral de la pequeña.

En este sentido expresó el Máximo Tribunal de la Nación "... no puede escapar a este examen, en primer término, que la protección y la asistencia integral a la discapacidad - como se ha explicitado con fundamento, especialmente, en las Leyes N° 22431 y 24901 y en jurisprudencia de V.E. que pone énfasis en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia - constituye una política pública de nuestro país; y, en segundo, que lo decidido compromete el interés superior de un menor, cuya tutela



encarece elevándolo al rango de principio, la convención sobre los Derechos del Niño ...".

"... la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (cf. Fallos 324:3569), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (Fallos: 323:3229)".

Por todo lo expuesto, concluyo que se verifica la infracción constitucional y convencional denunciada, en tanto la Cámara sentenciante ha omitido su obligación de ponderar en forma primordial el interés superior del niño P.V.M. contemplado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño y artículo 7.2) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional) y en la Observaciones Generales N°9 y 14 del Comité de Derechos del Niño, que en el caso concreto es el derecho a recibir la cobertura total del costo real de las prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad previstas en la Ley 24901, - puntualmente del tratamiento que recibe en la Fundación Naceres y comprensivo de todas las prestaciones prescriptas por los profesionales tratantes- medidas que el Estado Argentino ha implementado en cumplimiento de los compromisos asumidos como Estado Parte de la Convención de Derecho de las Personas con Discapacidad y Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Asimismo que el fallo dictado por la Cámara decide en infracción a las disposiciones de Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de



las Personas con Discapacidad (Ley 24901 -artículos 2, 6, 16, 17 y 39- y Ley 2644).

Consecuentemente, en función de la infracción constitucional - convencional señalada, corresponde CASAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones -Sala III- en tanto establece que la Resolución N°428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social constituye un tope para la cobertura de las prestaciones de habilitación y rehabilitación para personas con discapacidad previstas en la Ley 24901, en favor del niño P.V.M. y a cargo de la obra social demandada (fs. 415/419vta.).

III. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1406, cabe recomponer el litigio, y por las mismas razones jurídicas expuestas precedentemente, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora, y MODIFICAR la sentencia de Primera Instancia de fs.338/346, por los fundamentos expuestos y con los alcances explicitados precedentemente, ordenando al Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN) que otorgue cobertura del 100% del costo real de las prestaciones de la Ley 24901 al niño P.V.M., -puntualmente del tratamiento que recibe en la Fundación Naceres y comprensivo de todas las prestaciones que prescriban los profesionales tratantes- por ser la solución que brinda mayor satisfacción al interés superior del niño conforme la evaluación y determinación efectuada precedentemente y su prioritaria consideración.

IV. Finalmente, este Tribunal Superior tiene en especial ponderación que fue necesario poner en funcionamiento el mecanismo jurisdiccional para que la demandada cumpla con sus obligaciones legales, ante un cuadro de situación que no ameritaba demoras, resultando su conducta omisiva la que provocó la ocurrencia de la madre y el padre en representación del niño P.V.M. ante los estrados judiciales.



También se debe estimar que la demora en la urgente satisfacción del derecho cuya vulneración se verifica, afecta al niño titular y redundando en un padecimiento innecesario para su madre y padre a quienes se obliga a recorrer un largo derrotero de trámites administrativos para lograr el cumplimiento de las obligaciones de la obra social.

Corresponde reiterar que este Tribunal Superior de Justicia en un caso que guarda similitud con el presente señaló:

“Lo que fue reconocido debió ser cubierto por la demandada, con anclaje constitucional, desde el momento del requerimiento de la cobertura, sin necesidad de accionar judicialmente para alcanzar ese objetivo.” (Acuerdo N°50/15 “F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 2160/07):

En ese aspecto cabe recordar que la obra social demandada es un organismo público cuyo horizonte debe ser cumplir de manera expedita con las obligaciones a su cargo en favor de sus afiliados, prioritariamente cuando se trate de niños y adolescentes, a riesgo -como se ha dicho- de hacer incurrir al estado argentino en responsabilidad internacional.

Se debe tener en especial consideración que:

“Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle...” (Observación General N° 14 (2013) del CDN, sobre el



derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) V-B-c).

Por ello corresponde instar a la obra social demandada a arbitrar los medios que garanticen dar prioritario y pleno cumplimiento a la cobertura total (100%) del costo real de las prestaciones de la Ley 24901 (Prestaciones básicas para personas con discapacidad), sin sujetar esta cobertura a ningún tope.

V. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas devengadas en segunda instancia y en la presente serán impuestas a cargo de la demandada. (artículos 12° Ley 1406 y 68 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

VI. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: **1) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 422/431 vta. por el actor Sr. DARIO MORETTI -padre del niño P.V.M.- y en consecuencia, **CASAR** en lo que fue materia de agravios la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción -Sala III-, obrante a fs. 415/419 vta., por infracción al interés superior del niño, (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, Convención de Derechos del Niño -artículo 3.1- y Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad -artículo 7.2-) y a las disposiciones del Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Ley 24901 -artículos 2, 6, 16, 17 y 39- y Ley 2644). **2)** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17°, inciso c) de la Ley 1406 hacer lugar al recurso de apelación de la actora y **MODIFICAR** la sentencia de Primera Instancia de fs. 338/346, por los fundamentos y con los alcances explicitados precedentemente, ordenando en consecuencia al Instituto de Seguridad Social del Neuquén que otorgue cobertura del 100% del costo real de las prestaciones



de la Ley 24901 al niño P.V.M. **3) INSTAR** al Instituto de Seguridad Social de Neuquén en los términos dispuestos en el considerando IV). **4)** Imponer las costas de la segunda instancia y de la presente a cargo de la parte demandada. (artículo 12° Ley 1406 y 68 del Código procesal Civil y Comercial del Neuquén). **5°) REGULAR** los honorarios profesionales en la Alzada al Dr. ... -patrocinante de la actora- en la suma de PESOS OCHO MIL SEISCIENTOS (\$8.600.-), y por esta etapa extraordinaria en la suma de PESOS SIETE MIL DOSCIENTOS (\$7.200.-), circumscripta a la cuestión traída en casación (artículos 2°, 15° y 36° de la Ley 1594). **6°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

La señora Vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI** 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, de conformidad con los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, **SE RESUELVE:** **1) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 422/431vta. por el actor Sr. DARIO MORETTI -padre del niño P.V.M.- y en consecuencia, **CASAR** en lo que fue materia de agravios la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción -Sala III-, obrante a fs. 415/419vta., por infracción al interés superior del niño, (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, Convención de Derechos del Niño -artículo 3.1- y Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad -artículo 7.2-) y a las disposiciones del Sistema de Prestaciones Básicas de Habilidadación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad (Ley 24901 -artículos 2, 6, 16, 17 y 39- y Ley 2644). **2)** De conformidad con lo dispuesto por el artículo



17º, inciso c) de la Ley 1406 hacer lugar al recurso de apelación de la actora y **MODIFICAR** la sentencia de Primera Instancia de fs. 338/346, por los fundamentos y con los alcances explicitados precedentemente, ordenando en consecuencia al Instituto de Seguridad Social del Neuquén que otorgue cobertura del 100% del costo real de las prestaciones de la Ley 24901 al niño P.V.M. **3) Instar** al Instituto de Seguridad Social de Neuquén en los términos dispuestos en el considerando IV). **4)** Imponer las costas de la segunda instancia y de la presente a cargo de la parte demandada. (artículo 12º Ley 1406 y 68 del Código procesal Civil y Comercial del Neuquén). **5º) REGULAR** los honorarios profesionales en la Alzada al Dr. ... -patrocinante de la actora- en la suma de PESOS OCHO MIL SEISCIENTOS (\$8.600.-), y por esta etapa extraordinaria en la suma de PESOS SIETE MIL DOSCIENTOS (\$7.200.-), circunscripta a la cuestión traída en casación (artículos 2º, 15º y 36º de la Ley 1594). **6º)** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman el señor vocal y la señora vocal por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. EVALDO D.MOYA - Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI
Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Secretaria Subrogante