

Partes: G. A. M. y otro c/ ISSN s/ acción de amparo

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén

Sala/Juzgado: II

Fecha: 7-nov-2017

Cita: MJ-JU-M-109186-AR | MJJ109186 | MJJ109186

La obra social debe cubrir la prestación de maestra o maestro integradores, o módulo de apoyo a la integración escolar para el hijo de los actores, quien ha nacido con Síndrome de Down.

Sumario:

1.-Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida, ordenando a la obra social se haga cargo de la prestación de maestra o maestro integradores, o módulo de apoyo a la integración escolar para el hijo de los actores, quien ha nacido con síndrome de Down, pues existe una lesión actual e inminente al derecho a la salud del menor de edad; además, la Ley 24.901 (a la que adhirió la Provincia del Neuquén mediante Ley 2.644 ) pone en cabeza de la obra social la prestación solicitada, y la demandada consintió que el niño siguiera su tratamiento en una institución no prestadora.

2.-Si bien es cierto que la demandada, como obra social provincial, tiene autonomía para fijar su propio nomenclador, no se entiende que habiendo adherido la Provincia del Neuquén a la Ley nacional en la materia todavía no se haya actualizado el nomenclador en lo que hace a las personas con discapacidad; por ello, el argumento de la demandada referido a que la prestación no se encuentra contemplada en su nomenclador no puede servir de impedimento para otorgar la cobertura requerida.

Fallo:

NEUQUEN, 7 de noviembre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “G. A. M. Y OTRO C/ ISSN S/ ACCION DE AMPARO”, (JNQFA1 EXP N° 79515/2016), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 466/474, que hace lugar a la acción de amparo, con costas al vencido. a) La recurrente se agravia por entender que no se encuentra configurado en autos el requisito de la vulneración actual e inminente de derechos amparados por garantías constitucionales, ya que la actora ha intentado que se condene a la demandada por una cuestión futura, no habiendo existido

certidumbre respecto a que el niño en un futuro, será parte del tratamiento de rehabilitación.

Entiende que ello quedó demostrado con los testimonios de [REDACTED] y [REDACTED], quienes informaron que era una herramienta -el módulo de apoyo a la integración escolar- a incorporar en 2017. Agrega que ambas terapeutas no indican que la figura es de una maestra integradora, sino que ambas señalan que es un acompañante terapéutico.

Dice que el médico tratante -Dr. [REDACTED]- no brindó su testimonio para corroborar que esta figura fuera necesaria, ni tampoco se pudo corroborar si el centro Naceres era el más idóneo para llevar adelante el tratamiento de rehabilitación de [REDACTED]

Sigue diciendo que, por el contrario, su parte ha logrado acreditar que tal prestación corresponde al Consejo Provincial de Educación, conforme lo dispone la ley 1.634, en su art.12.

Recuerda que la función de la obra social se limita a otorgar la cobertura médica, como lo viene realizando hasta el momento, quedando fuera de esa cobertura el apoyo a la integración escolar, dado que la demandada no puede auditar el desempeño de un docente, títulos habilitantes, ni control de resultados de una maestra integradora.

Manifiesta que la ley 24.901 es clara en cuanto dispone, en su art. 22, que los organismos oficiales competentes en materia de educación son los encargados de contemplar los aspectos de integración en escuela común.

Insiste en que no existe normativa alguna que obligue a la obra social a otorgar la cobertura de apoyo a la integración escolar.

Destaca que en la audiencia de fecha 13 de febrero de 2017, la demandada propuso abonar el módulo de apoyo a la integración escolar a valores de la prestación de acompañante terapéutico, que si tiene nombrado la obra social.

Como segunda queja señala que el a quo ha omitido incorporar en el RESUELVO alguna referencia al tratamiento de rehabilitación en el centro Naceres, por lo que no se conoce si condena o no a su parte en tal sentido.

Afirma que su parte se encuentra actualmente cumpliendo con la medida cautelar ordenada en autos, otorgando la cobertura al 100% del valor del costo real y total del tratamiento de [REDACTED] en la Fundación Naceres.

Considera que se encuentra probado con los antecedentes administrativos acompañados con la contestación de la demanda que, desde hace años, la obra social por vía de excepción otorga dicha cobertura, consentida por los amparistas, en el porcentaje al 100% por encontrarse enrolado en el plan de discapacidad de la obra social.

Señala que, entonces, no existe evidencia alguna de que la conducta de la demandada sea o haya sido ilegítima o violatoria de derechos constitucionales.

Pone de manifiesto que la decisión de asistir a un centro no prestador de la obra social es de responsabilidad de los progenitores, no encontrándose justificado médicamente el cambio de centro de tratamiento.

Enumera las conductas de la demandada y cita fallos judiciales que condenan al pago de la cobertura conforme nomenclador nacional.

Explica que la actora ha dicho que el Centro Naceres se encuentra inscripto en el registro nacional de prestadores, por lo que resulta contradictorio que luego dicho centro no fije sus honorarios de acuerdo con el nomenclador nacional.

Ratifica el rechazo de los reintegros solicitados por la parte actora, en tanto los amparistas han consentido año tras año la modalidad de reintegro efectuada por la obra social y, además, el amparo no es la vía idónea para canalizar ese reclamo.b) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- La pretensión de los amparistas, canalizada mediante esta acción de amparo, se circunscribe a que la obra social se haga cargo de la prestación de maestra o maestro integradores, o módulo de apoyo a la integración escolar para el hijo de los actores, quien ha nacido con síndrome de Down.

El a quo ha hecho lugar a la acción promovida entendiendo que existe una lesión actual e inminente al derecho a la salud del menor de edad; que la ley 24.901 (a la que adhirió la Provincia del Neuquén mediante ley 2.644) pone en cabeza de la obra social la prestación solicitada, y que la demandada consintió que el niño siguiera su tratamiento en la Fundación Naceres, pese a que se trata de una institución no prestadora de la obra social, desde el año 2014, por lo que no puede ahora alegar esa condición de no prestador para negar el pago de la prestación.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia unánime de esta Cámara de Apelaciones en orden a que la prestación de maestra o maestro integradores forma parte de la cobertura integral que obligadamente debe otorgarse a la persona con discapacidad, la sentencia de grado ha de ser confirmada.

Esta Sala II ya se ha expedido sobre el tema señalando que “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. autos “Tramaglia c/ I.S.S.N.”, expte. n° 54.699/2012, sentencia de fecha 15/5/2014).

En igual sentido nos hemos pronunciado en autos “Corbelle c/ Instituto de Seguridad Social del Neuquen” (expte. n° 69.208/2015, sentencia de fecha 23/2/2016); “González c/ I.S.S.N.” (expte. n° 77.42/2016, sentencia de fecha 13/12/2016); y “Scabece c/ I.S.S.N.” (expte. 72.638/2015, sentencia de fecha 21/2/2017).

A ello agrego que la Resolución n° 428/1999 del Ministro de Salud y Acción Social de la Nación aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, contemplándose en su apartado 2.1.6.4. como prestación incluida en el referido nomenclador: “Apoyo a la Integración Escolar”, al que define como el proceso programado y sistematizado de apoyo pedagógico que requiere un alumno con necesidades educativas especiales para integrarse a la escolaridad común en cualquiera de sus niveles, y abarca una población de entre los 3 y los 18 años de edad o hasta finalizar el ciclo de escolaridad que curse, siendo una de las variantes de esta prestación la maestra de apoyo.

Si bien es cierto que la demandada, como obra social provincial, tiene autonomía para fijar su propio nomenclador, no se entiende que habiendo adherido la Provincia del Neuquén a la ley nacional en la materia todavía no se haya actualizado el nomenclador en lo que hace a las personas con discapacidad.

Por ello, el argumento de la demandada referido a que la prestación no se encuentra contemplada en su nomenclador no puede servir de impedimento para otorgar la cobertura requerida.

Siendo esta prestación parte del tratamiento que requiere la persona con discapacidad, conforme surge de fs.236 del presente expediente, la omisión de su cobertura por parte de la obra social demandada comporta una lesión actual al derecho a la salud del hijo de los amparistas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “R., D. c/ Obra social del personal de la sanidad” (sentencia de fecha 27/11/2012, LL AR/JUR/72014/2012), hace suyo lo dictaminado por la Procuración General de la Nación, el que sostuvo: “No he de extenderme en consideraciones acerca de los principios rectores que rigen allí donde se ponen en juego los estatutos de la salud, la discapacidad y la niñez, pues tanto V.E. como esta Procuración General han tenido sobrada ocasión de expedirse en esta materia .Sólo recordaré que en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y consideración primordial de su interés tienen jerarquía superior, imponiendo una dirección a la tarea interpretativa. Me detendré en los dictámenes publicados en Fallos 327:2413; 331:2135 ; y 332:1394 , en los cuales se propició la perspectiva de que es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio. Asimismo, se ponderó -a contrario sensu- que debía demostrarse la exorbitancia o sin razón de la elección paterna, siendo que el Síndrome de Down lleva de suyo la necesidad de iniciar y mantener el tratamiento en establecimientos que cuenten con equipos capacitados, con modelos sistemáticos y, en principio, inclusivos, lo cual -insisto aquí- resulta un correlato propio de esa patología y de los progresos logrados por la persona afectada, que podrían desvanecerse de no continuar el proceso en curso. Entiendo que el régimen propio de la discapacidad se ve desnaturalizado al dejar sin cobertura una necesidad central, con único fundamento en la ausencia de una prueba negativa que la Ley 24.901 no exige. Pienso que las pautas antes referidas resultan perfectamente extensibles al resto de los rubros que vienen en reclamo (psicopedagogía, fonoaudiología y maestra integradora). Los aspectos a los que están llamados a dar respuesta todas esas prestaciones participan, en efecto, de objetivos

promocionales comunes, e integran procesos que suponen por definición una cierta estabilidad, donde el vínculo con un determinado profesional puede no resultar indiferente”.

Resulta clara la posición de la Corte Nacional en torno a la especial atención que debe brindarse a los niños con discapacidad, la que no puede ser interferida por cuestiones burocráticas como la falta de inclusión de la prestación en el nomenclador de la obra social, o el hecho de no ser prestador – la institución en la que se brinda el tratamiento- de la obra social.

Por otra parte los honorarios presupuestados por la Fundación Naceres son a valores S.U.R. (fs. 236).

Finalmente, no advierto que el a quo haya incurrido en una omisión o error en el FALLO de su resolución, ya que allí se condena a la demandada a brindar al hijo de los amparistas el módulo de apoyo a la integración escolar en la forma en que ha sido demandado, lo que incluye la intervención de la Fundación Naceres, a la que concurre ■ para su tratamiento.

Dado que el a quo no ha ordenado reintegro de suma alguna de dinero en su fallo, no se advierte cuál es el agravio de la demandada en este aspecto.

III.- Conforme lo dicho propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de la letrada actuante ante la Alzada, Dra. en la suma de \$ 3.900,00 (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 466/474.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo de la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de la letrada actuante ante la Alzada, Dra. en la suma de (\$) (art. 15, ley 1.594).

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

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO –

Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria