



NEUQUEN, 21 de Agosto del año 2024

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**Q. C. R. M. C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/INC. ELEVACION (JNQFA6 INC 152/2024)**" venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los vocales Fernando Marcelo **GHSINI** y José Ignacio **NOACCO** en legal subrogancia (conf. Ac. 7/2024), con la presencia de la secretaria actuante Dania **FUENTES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el juez **Ghisini** dijo:

I. La resolución del 21/05/2024, hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la actora y ordenó al ISSN, que en forma cautelar y provisoria cubra el 100% del valor del módulo de maestra de Apoyo a la inclusión que requiere el niño SAC, durante el ciclo lectivo 2024, con costas a la demandada, en atención a su carácter de vencida (art. 68 del CPCC).

En ese sentido, consideró que se encuentran acreditados la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora; en relación al primer requisito, expuso que no se encuentra controvertido que el niño S. presenta diagnóstico de autismo en la niñez, y trastorno del desarrollo del habla y del lenguaje (certificado JUCAID, h. 4); que es afiliado al ISSN y que se encuentra adherido al plan D; además que la demandada reconoce, a través de diferentes prestaciones que realiza a favor del niño, que requiere de un acompañamiento interdisciplinario, tal como acompañante terapéutica, psicóloga, psicopedagoga.

En cuanto al peligro en la demora, expuso está probado por prescripción médica que data del 06/12/23, y que habiéndose iniciado el ciclo lectivo, el niño aún no cuenta con maestra apoyo a la inclusión, con las consecuencias irreparables que ello pudiera generar por el transcurso del tiempo y la falta de apoyo oportuno, priorizando esta etapa fundamental para su desarrollo.



Sostuvo que la admisión de la medida cautelar innovativa requerida, configura la solución que mejor tutela el derecho cuya protección se pretende, y la mejor respuesta que se puede brindar a S. en resguardo principalmente de su interés superior, en cumplimiento de la manda constitucional y convencional establecida en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y Observación General 14 y CDPCD.

II. Esa resolución es apelada por el ISSN por ingreso web n° 713565 (a h. 7/18).

En primer lugar, cuestiona que la resolución vulnera la garantía constitucional del debido proceso legal, su derecho de defensa y la posibilidad de obtener una sentencia fundada, acceder a la tutela judicial efectiva y al principio de congruencia y de mutabilidad de todos los afiliados y afiliadas.

Critica el decisorio porque no se brindó argumento racional alguno para justificar la parte resolutive que ordena hacer lugar a la medida cautelar peticionada.

Menciona que no se ha valorado el informe del Dpto. de Discapacidad del ISSN, suscripto por el Dr.... y la Lic. en Servicio Social ..., de fecha 25/04/2024 -acompañado en la contestación de demanda- en donde se explicó por qué el módulo de maestra de apoyo a la inclusión, no es una prestación que la obra social tenga competencia para brindar.

Indica que no se señaló de qué forma las resoluciones y actos del ISSN, violarían los preceptos constitucionales e internacionales citados, además que no declara su inconstitucionalidad.

Remarca que en el caso se encuentra producida la totalidad de la prueba de la adversaria, por lo que no se observan nuevos medios probatorios de la actora que puedan aportar mayor luz al caso. Agrega que las testimoniales médicas ofrecidas en subsidio por la actora, no tienen razón de ser.

Expone que se ha omitido realizar toda consideración acerca de la existencia de los elementos esenciales



e indispensables de procedencia de las medidas cautelares innovativas, tanto de los generales como de los particulares.

Afirma que nada ha dicho la resolución respecto del riesgo a la salud de S., ni que el ISSN le viene cubriendo una muy variada gama de prestaciones, tales como: rehabilitación, psicología, psicopedagogía, fonoaudiología, terapia ocupacional y acompañante terapéutico.

Aduce que la a quo ha omitido pronunciarse sobre la violación a las facultades de auditoría y control del ISSN. Y que tampoco se tuvo en cuenta el cuestionamiento efectuado por su parte respecto de la legalidad de una medida cautelar cuyo objeto resulta idéntico al de la pretensión de fondo, transgrediéndose el principio de imparcialidad y de igualdad.

Refiere que la jueza ha violado en forma grave y arbitraria el derecho de defensa de su representada, dado que la condena a otorgar la cobertura de una prestación que se encuentra fuera de su competencia, por cuanto el ISSN no puede auditar el desempeño de un docente, títulos habilitantes, control de resultados de maestra integradora, pues la Obra Social posee auditores médicos que no tienen entre sus funciones este tipo de auditoría y control, debido a que esta materia no se vincula con las prácticas de salud o asistenciales, que por ley debe brindar.

En segundo orden, expresa que se ha lesionado el derecho de auditoría, control y propiedad de la obra social; así como los principios de mutualidad y de solidaridad. Manifiesta que la solicitud efectuada de maestra de apoyo, no le corresponde brindarla a la obra social, sino al Consejo de Educación. Añade que el ISSN debe atender las necesidades de S. dentro de su órbita de facultades, y queda todo lo que exceda de ella a merced de los demás organismos competentes.

Resalta que las prestaciones de discapacidad en ISSN están nombradas en la norma de cobertura del programa de discapacidad -Resol. 664/17-, cuyo objeto es garantizar a los afiliados su atención médica y su seguridad social; tales como:



terapias de psicología y psicopedagogía, no así las prestaciones educativas.

Indica que a raíz de los nuevos paradigmas en materia de discapacidad, la obra social otorga a través del Plan D, cobertura al 100% del tratamiento de rehabilitación integral del afiliado con discapacidad -como es el caso de S.-, desde el punto de vista médico asistencial, y siempre ha dado prioridad a esta problemática. En ese sentido, aprobó mediante Resol. 664/17 la norma de cobertura de Plan D, y homologó los valores de las prestaciones que otorga la obra social a los propuestos por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Así también la figura del cuidador domiciliario y acompañante terapéutico.

Agrega que su mandante en resguardo de las facultades de auditoría y control que detenta, realiza la pertinente readecuación de valores del nomenclador nacional, Res. MSyAS N° 428/99, que en lo referente a maestra de apoyo, de la norma precedentemente citada (664/17), no se desprende la cobertura requerida por la contraria. De manera que queda fuera de cobertura la Maestra de Apoyo a valor hora o a valor modulo.

Menciona que no existe norma alguna que ordene a la obra social otorgar cobertura de apoyo a la integración escolar, y menos aún en lo que compete cubrir el gasto de la misma, por lo que resulta vulnerado el derecho de propiedad de su parte al condenarla a abonar una prestación que no se encuentra en su nomenclador, y por ende no está presupuestada.

Entiende que se viola el derecho de propiedad de su parte, obligándosela por un objeto totalmente indeterminado, sin individualización de prestadores, costos ni límites, cuando de todas formas existen nomencladores a tal fin.

Formula reserva del caso federal.



Sustanciado el memorial el 31/05/2024 (h. 19), contesta la amparista, y pide el rechazo del recurso con costas a la demandada (h. 20/22 vta.).

III. Ingresando en el análisis de la cuestión traída a estudio, y al solo efecto de decidir la medida cautelar innovativa decretada en la instancia anterior, cabe recordar que se encuentra reconocido que el niño S.A.C. presenta diagnóstico de autismo en la niñez, y trastorno del desarrollo del habla y del lenguaje (certificado JUCAID, h. 4); que es afiliado al ISSN y que se encuentra adherido al plan D. Además que para su desarrollo integral requiere de un acompañamiento interdisciplinario -acompañante terapéutica, psicóloga y psicopedagoga-.

En la especie se encuentra en juego el Interés Superior del Niño, de Jerarquía Constitucional en virtud del artículo 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional, reconocido en la Convención de los Derechos Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico.

Establece la Convención citada que en toda medida tomada por autoridades administrativas se atenderá el Interés Superior del Niño (art. 3.1), y en su artículo 4, obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas tendientes a asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por ella, utilizando para ello hasta el máximo de los recursos que dispongan en derechos económicos, sociales y culturales.

Advierto aquí, que la obra social no desconoce el derecho que le asiste al niño a contar con una maestra apoyo inclusión (MAI), debido a que basa sus agravios principalmente en que dicha prestación no le corresponde a su parte sino al Consejo Provincial de Educación.

En tal sentido, la obra social alega que no existe norma alguna que le imponga que deba otorgar cobertura de apoyo a la integración escolar, y menos aún en lo que compete cubrir ese gasto, es por ello que controvierte que se la haya condenado a



abonar una prestación que no se encuentra en su nomenclador, y por ende no está presupuestada.

He tenido oportunidad de pronunciarme en un caso similar **"PETERS GABRIELA LORENA C/ ISSN S/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expte. n°. 70808/2015), que resulta aplicable a este caso, en donde expresé al momento de argumentar la condena al Instituto de Seguridad Social, que su disconformidad se basaba -como aquí- en que la cobertura de apoyo a la integración escolar era resorte del organismo provincial especializado en la educación designado por ley, y que no aborda en lo mínimo la ineludible obligación que el legislador le ha señalado a las obras sociales en relación a las personas con discapacidad, dentro del marco constitucional que también lo impone.

La ley 2644 (B.O. 26/06/2009 reglamentada por Decreto Nro. 0726/12 del 26 de abril de 2012) regula el marco normativo de asistencia y protección a las personas discapacitadas -que se integra a la ley 1634- y el ISSN no puede desconocer que de acuerdo con el art. 2° inc. d) es efector de las prestaciones que corresponden a dicho sistema, al igual que otros ministerios y organismos, por lo que debe cada uno emitir la reglamentación técnica en relación a las competencias a su cargo (art. 3ro.), y en su caso 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 y Organismos provinciales, debiendo en cada caso, celebrar convenios particulares con éstos últimos que contemplen las prestaciones específicas y las regulen en todos sus aspectos"* (art. 4to. del Decreto).

La asistencia para la integración escolar, se encuentra prevista en el art. 17 de la Ley 24.901, régimen al que ha adherido la Provincia del Neuquén. Y, cabe recordar que las prestaciones que determina la citada ley 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.

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 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 en este aspecto.

Comparto con la jueza de grado que la acción involucra a un niño que presenta una discapacidad, que debe ser tenido en cuenta para brindar un plus de protección.

En igual sentido, esta Sala III, se ha pronunciado en autos: "**MALDONADO INES C/ ISSN S/ ACCIÓN DE AMPARO**" (Expte. n°. 100665/2022); y "**M.I.C C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO**" (Expte. n°. 3098/2014), a los que me remito por razones de economía procesal.

En definitiva, en este punto central en donde reposan los agravios de la Obra Social, los mismos resultan improcedentes.



Despejado lo anterior, y toda vez que la obligación cautelar recae en el I.S.S.N., y no directamente del Consejo Provincial de Educación, como pretende escudarse el apelante, corresponde definir si la medida cautelar cumple con los requisitos de "verisimilitud en el derecho" y "peligro en la demora".

Conforme surge de la documentación digital que tengo a la vista (documento 5), emitido por la Dra. ... - Neuróloga infantil- el 6/12/2023, el niño S. en lo que respecta al período marzo/diciembre de 2024, necesita del acompañamiento de un Maestro de Apoyo Escolar.

Por su parte (documento 6), esta profesional en el resumen de la historia clínica, y en función de los requerimientos actuales que ameritan el acompañamiento de una MAI (Maestra de Apoyo de Inclusión), menciona que el niño padece de "*trastorno severo de conducta, trastorno comunicativo y trastorno de habilidades sociales*".

De manera que, se encuentra debidamente acreditada la verosimilitud del derecho invocado, ya que a raíz de lo precedentemente reseñado, el niño requiere acompañamiento terapéutico durante las jornadas escolares. De forma que, a los fines de la cautelar, tal circunstancia resulta suficiente para su otorgamiento.

Es importante considerar que a esa edad una adecuada integración escolar es mucho más que un logro exclusivamente educativo para proyectarse con intensidad a aspectos afectivos y sociales que resultan -sin dudas- el marco integral de la salud de una persona con discapacidad.

En ese orden de ideas, la pretensión de que la salud resulte un compartimiento estanco que corra de manera autónoma e independiente de la cuestión educativa no resulta atendible.

Precisamente, el segundo requisito para la procedencia de la cautelar "peligro en la demora", surge de la



necesidad imperante que, de mantenerse la situación actual el niño no contará con el apoyo necesario para su desarrollo integral, y en función de su corta edad, tendrá repercusión negativa en su desarrollo escolar y social. En resumidas cuentas, desde un primer análisis, se puede afirmar a simple vista que tales logros se verían afectados con la discontinuidad o suspensión de la MAI que el niño requiere.

De manera que frente a la gravedad del daño que podría ocasionarse en el supuesto de rechazarse la medida cautelar que se solicita, la sentencia que pudiera dictarse resultaría estéril ante la irreversibilidad del perjuicio que pudiera causarse de no adoptar la medida pretendida.

Al integrar la Sala II de esta Cámara he adherido al primer voto de la vocal Cecilia Pamphile en la causa: **"JAUGLARD ANDRES MARCELINO C/ ISSN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** (INC. 8058/2018), en donde la mencionada colega dijo:

"Así, y en ocasión de examinar una cuestión similar como integrante de la Sala I, sostuvimos: "En tales condiciones, y recordando que este Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado el peligro en la demora, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan (conf. causas 6655/98 del 7.5.99, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 1830/99 del 2.12.99, 1056/99 del 16.12.99 y 7841/99 del 7.2.20; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13 y Podetti, Tratado de las medidas cautelares, pág. 77, n° 19), el mantenimiento de la medida solicitada, hasta el dictado de la sentencia definitiva, es la solución que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema, Fallos: 302: 1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2,



ap. d., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc.22, de la Constitución Nacional; conf. esta Sala, causas 22.354/95 del 2.6.95, 53.078/95 del 18.4.96, 1251/97 del 18.12.97, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 53/01 del 15.2.2001)...es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los intereses de los actores fundados en un derecho verosímil y su derecho a la salud y el derecho constitucional de defensa del demandado..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala/Juzgado: I . Fecha: 13-mar-2014 O. A. M. G. c/ OSDE s/ recurso de apelación"), ("TRAMAGLIA ESTEBAN PABLO C/ ISSN S/ AC. AMPARO INC. DE ELEVACION -AUTOS 65269/14-", INC N° 636/2014).

A lo expuesto debe agregarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión



(Fallos: 331:2889 y 341:1854, entre otros). El referido anticipo de jurisdicción que significa el examen de este tipo de medidas cautelares *"no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado"* (Fallos: 334:1691).

Y en el particular supuesto, en que la persona destinataria de las prestaciones se encuentra alcanzada por la ley 24.901, no puede perderse de vista que la República Argentina aprobó mediante la ley 26.378 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que reviste jerarquía constitucional en virtud de la ley 27.044.

Su art. 7 establece, en lo pertinente, que: *"1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión, que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho"*.

El art. 19 de dicha Convención prevé el derecho de toda persona con discapacidad de contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea



necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o su separación.

Y, en lo que aquí nos interesa, el art. 24 establece con claridad que los Estados deben garantizar 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*".

En el marco expuesto, advierto que la medida cautelar dictada ha valorado adecuadamente la existencia de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

IV. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación deducido por el I.S.S.N. y en consecuencia, confirmar la resolución de fecha 21/05/2024 (h. 2/6), e imponer las costas de la Alzada al apelante vencido (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

El juez **Noacco** dijo:

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

Por ello, esta **Sala III**,

RESUELVE:



1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el I.S.S.N. y en consecuencia, confirmar la resolución del 21/05/2024 (h. 2/6).
2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido.
3. Regular los honorarios de esta Alzada en el 25% de lo que oportunamente se regule en la instancia anterior (art. 15, ley 1594).
4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini

Juez

Dr. José Ignacio Noacco

Juez

Dra. Dania Fuentes

Secretaria