

000136/2021

Trelew de noviembre del 2021.

VISTOS estos autos caratulados: “A., P. M. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ AMPARO” (Expte. N° 136/2021); de los que **RESULTA:** A 12/23 se presentó P. M. A. (DNI N° X.) por derecho propio y en representación de su hija L. A. (DNI N° X.), con el patrocinio letrado del Dr. J. I. G. A., interponiendo demanda de amparo en los términos del art. 54 de la Constitución Provincial, contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut para que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución 1036 (30/07/2021) del Instituto de Seguridad Social y Seguros, y se ordene la cobertura integral al 100% de la prestación correspondiente al “MÓDULO DE APOYO A LA INTEGRACIÓN ESCOLAR” más el adicional del 20% por zona desfavorable, según lo establece el Nomenclador de los aranceles del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Resolución 428/1999 Ministerio de Salud y Acción Social); actualizado en sus valores en fecha 15 de septiembre de 2021, a través de la Resolución Conjunta 12/2021, del Ministerio de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad.

En suma –dijo- promueve la acción de amparo “para el efectivo goce de los derechos a la salud y la educación INTEGRAL que le corresponde a L. A., en lo que respecta a su inclusión y trayectoria escolar” (*sic*).

Expuso en el apartado IV “HECHOS”, que reclama en nombre de su hija L. con 6 años al momento de la interposición de la demanda, nacida el 22/9/2015 en la Localidad de Trelew. Que ella es una persona en situación de discapacidad. Que él es afiliado titular de la obra social SEROS, siendo L. beneficiaria de los servicios que proporciona dicha entidad.

También expuso que su hija se encuentra cursando sala de 5 años en el Instituto M. A. de Trelew, asistiendo en el turno tarde. En lo que hace a las necesidades educativas de L., manifestó que la misma se encuentra en el nivel inicial educativo, requiriendo “asistencia especial” (*sic*).

Contó que en fecha 01 de marzo de 2021, la madre de L., F. M., presentó una nota a la Obra Social SEROS, solicitando la cobertura al 100% de la prestación de acompañante escolar, por recomendación del equipo interdisciplinario que la trata. Que en fecha 2 de mayo de 2021, el señor A. debió reclamar a SEROS, el reintegro urgente de los montos abonados a la profesional de apoyo a la integración Escolar Prof. de Educación Inicial, B. A. C. Que el reclamo consistió en las facturas abonadas de los meses de marzo y abril del corriente año (alcanzaban un valor de \$29.712,20 cada una). Que los valores pagados se encontraban muy por debajo de los que establece en Nomenclador Nacional.

Agregó que carecen de recursos suficientes como familia para solventar la prestación de su peculio, siendo ambos padres docentes.

Refirió que el 8/9/2021 se le notificó a la madre de L. del Acta N° 2156 del ISS y S de fecha 18/05/2021, mediante la cual la accionada dio a conocer lo resuelto por la misma en relación con

la cobertura de la prestación requerida. Lo decidido consistió en la entrega de un subsidio de \$20.000 mensuales "... destinado a colaborar con el Servicio de Cuidador Escolar [...] a partir del mes de marzo y hasta el mes de julio de 2021, con intervención del Equipo Interdisciplinario de Salud Mental..." (sic), y una valoración positiva respecto de la necesidad de que la niña cuente con una persona de apoyo a la integración escolar, dadas las circunstancias que requieren de asistencia para la niña, esto es "...sin control de esfínteres; que la menor asiste a la escuela, acompañada por su cuidadora, quien la acompaña en el desarrollo de las actividades dentro del edificio escolar; que según lo informado por el equipo interdisciplinario, dicho servicio es evaluado como importante para la niña en esta etapa de su vida; que el vínculo creado con su cuidadora, favorece el desarrollo de las actividades dentro de la escuela, tanto escolares, como así también, el vínculo con sus pares..." (sic).

Transcribió lo informado y resuelto por la demandada, en cuanto que la misma refiere que el mencionado "subsidio" tiene carácter de "excepcional y provisorio, por lo que no genera derechos adquiridos para sus beneficiarios, pudiendo cesar el mismo o ser modificado, en caso que el Directorio lo estime procedente" (sic).

Luego procedió a analizar la consumación del hecho lesivo que se manifiesta en el obrar y la interpretación de la normativa aplicable al caso, entendiendo que la prestación reclamada tiene naturaleza educativa poniendo especial énfasis en la obligatoriedad de la cobertura de la Obra Social, atento obligaciones concretas estipuladas ex lege.

Criticó la Res. 1036 del ISSyS, en tanto establece una fórmula de cálculo de la prestación aquí "subsidio"- tomando como base el valor/hora del estatuto de trabajo en casas particulares, en tanto "SEROS se arroga la facultad de otorgar el 50% o el 75% del valor resultante tras la aplicación de la fórmula" (sic).

---Aclaró que según el Nomenclador Nacional la prestación del Módulo de Apoyo a la Integración Escolar se establece un arancel de \$38.626,06 desde julio/2021 y \$39.814,55 desde el mes de octubre/2021; debiendo adicionarse a dichos montos el 20%, conf. Res. Conjunta 10/2021, por zona desfavorable; y que la accionada informó que el "beneficio" a otorgar a L. arribaba a la suma de \$17.589 para el período agosto/diciembre de 2021, conforme la resolución cuestionada.

Fundó en derecho (Punto V); ofreció prueba (Punto VI); hizo reserva del Caso Federal (Punto VII); y formuló petitorio de estilo.

A fs. 24/27 (24/09/2021), por providencia simple, se dispuso la admisibilidad preliminar de la acción de amparo.

A fs. 27 vta. se notificó a la Asesoría de Familia.

Corrido el traslado de la demanda, a fs. 39/4 mediante escrito digital ID N° 452995 (del 6/10/2021) se presentaron a contestarla los Dres. P. R. A., M. J. R. C., e I. L. en su carácter de apoderados del Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut (ISSyS).

Efectuaron la negativa de rigor respecto de los hechos vertidos en la demanda. Rechazaron la documental acompañada "que no sea expresamente reconocida" y rechazaron la procedencia del derecho y la jurisprudencia invocados por no ser – a su entender- de aplicación a este caso.

Replicaron que la prestación petitionada "... reviste carácter pedagógico el cual pertenece al ámbito de competencia del Ministerio de Educación, no resultando ser una prestación de salud que deba otorgar la Obra Social" (*sic*). Reconocieron que se otorgó un subsidio a favor del padre de la niña por \$20.000 mensuales, destinados a colaborar con el servicio de cuidador escolar; subsidio – destacaron- de carácter "excepcional y provisorio".

Agregaron que por un acuerdo celebrado entre la obra social y la Dirección General de Educación Inclusiva del Ministerio de Educación provincial "... por el que se concluyó que las prestaciones solicitadas de índole educativas serían gestionadas por la Cartera Ministerial", y por la necesidad de incluir además de un apoyo integrador pedagógico un cuidador que acompañe y asista al niño en las tareas de la vida cotidiana relacionadas con la autonomía personal e higiene, es que por Resolución 1036/2021 se reconoció beneficio de subsidio para Cuidador en el Ámbito Escolar durante el período lectivo de escolaridad obligatoria.

Por ello – contestaron- el subsidio otorgado previamente a la entrada en vigor de la Res. 1036, y en relación con los días en que la niña concurrió efectivamente al establecimiento educativo, es que se autorizó el beneficio por cuidador en el ámbito escolar en un monto proporcional al tiempo efectivamente trabajado por el cuidador.

Esbozaron una diferenciación entre las prestaciones que se otorgan con la finalidad de "... asistir a personas con necesidades especiales" (*sic*).

Especificaron que el módulo de apoyo a la Integración Escolar "...tiene una función pedagógica... se requiere de título específico habilitante para acompañar la trayectoria escolar del niño con discapacidad transitoria o permanente contribuyendo a su enseñanza y aprendizajes. Dicha figura excede las prestaciones de salud que otorga la Obra Social, dependiendo del Ministerio de Educación de la Provincia.

Diferenciaron dicha prestación de la de Cuidador en el Ámbito Escolar explicando que "... no cumple funciones de acompañamiento ni pedagógicas. Esta figura lo que hace es contribuir con una integración física, mental y afectivo-emocional del niño, interactuando con el entorno para favorecer la inclusión" (*sic*). Agregaron que cumple funciones como acompañar y asistir en tareas relativas a su vida cotidiana, alimentación, vestimenta, desplazamiento "... y demás actividades relacionadas con su autonomía personal como la higiene durante el período escolar, utilizando para ello métodos, técnicas y recursos bajo la supervisión del equipo interdisciplinario tratante..." (*sic*).

Enfatizaron que su representada no dispone de prestadores en la materia educativa por ser ajena al ámbito de la salud, pero observaron que "en el caso de autos que lo que L. requiere, tal como lo han sugerido los galenos que la atienden, es que sea acompañada por un profesional desde el contexto de lo pedagógico y educativo" (*sic*); y "... podremos colegir en que la interpretación de la prescripción médica impartida a L., nos indica a las claras que resultaría apropiado y sumamente beneficioso que la niña sea asistida por un auxiliar de Apoyo a la Integración Escolar" (*sic*).

----Finalmente acotaron que, es "inaudito que sea la Obra Social quien deba proveer un profesional que pertenece al área del Ministerio de Educación... sería un prestador del ISSyS personal de salud- quién deberá ingresar a un establecimiento educativo... Resulta inapropiado que la obra social cargue con la responsabilidad de un tercero ajeno a la esfera de su funcionamiento" (*sic*).

Ofrecieron prueba, y solicitaron se rechace la acción incoada, con costas.

A fs. 60 (14/10/2021) se abrió la causa a prueba. Habiendo vencido el termino de producción de pruebas conferido mediante el art. 9 de la Ley N° 84, por providencia firme pasaron los autos a despacho para dictar sentencia (v. fs. 81, 02/11/2021); y

CONSIDERANDO: Liminariamente cabe acotar que la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza; ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data.

En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125 – 544 y doctrina de *Fallos* 294 – 152; 301 – 1061, 306 – 1253, entre muchos otros).

--Ello sentado, cabe en esta sentencia definitiva ingresar al examen del fondo del asunto planteado, sin perjuicio de tratar además aquellas otras cuestiones deducidas, si correspondiera (la inconstitucionalidad de la Resolución 1036 -30/07/2021- del Instituto de Seguridad Social y Seguros). Es ésta la oportunidad en la cual debo evaluar la fundabilidad o no de la pretensión actora, evaluando los hechos expuestos y valorando las pruebas incorporadas al proceso, para determinar si resulta atendible o ajustada a derecho y, por ende, si cabe otorgarle jurisdiccionalmente la tutela requerida. En síntesis, si le asiste razón o no y, por lo tanto, si debe ser acogida o rechazada.

Por una cuestión de orden metodológico, *prima facie*, tengo por acreditado: El carácter de afiliados a la Obra Social SEROS CHUBUT (ISSyS) del señor P. M. y L. A. (padre e hija, conforme copia de la partida de nacimiento, impresión digital de ambas credenciales y reconocimiento de la demandada). Que la niña posee un certificado de discapacidad expedido a su nombre, emitido el 18/10/2017, con vigencia hasta el 18/10/2022. Que L. es alumna regular Sala de X. “A.” “X. del establecimiento Instituto M. A., cf. constancia expedida el 22 de septiembre del 2021. Que L. requiere en el ámbito educativo un “acompañante escolar” adecuado a sus necesidades, conforme surge del informe de la Mgter. V. D. agregado a fs. 67/70.

Es un hecho controvertido: cuál es la prestación que debe cubrir la obra social, y en su caso, de ser procedente, si debe serlo al 100%.

En efecto: La parte actora, en los sustancial, peticiona a través de este amparo ordene la cobertura integral al 100% de la prestación de acompañante escolar. Mientras que la parte

demandada sostiene que el acompañante escolar reviste carácter pedagógico y pertenece, por lo tanto, al Ministerio de Educación, no siendo una prestación de salud que deba otorgar la obra social; y que el subsidio que le fue otorgado al padre de la pequeña lo fue en el marco de un acuerdo celebrado entre el ISS yS y el Ministerio de Educación.

De la atenta lectura del Acta N° 2156 de fecha 18 de mayo del 2021, tengo para mí que surge un reconocimiento expreso de la obra social de que L. necesita un “acompañante escolar” al considerar que la niña de 5 años de edad, presenta diagnóstico de discapacidad, que asiste a la escuela acompañada por su “cuidadora”, **“quién la acompaña en el desarrollo de las actividades dentro del edificio escolar; que según lo informado por el equipo interdisciplinario, dicho servicio es evaluado como importante para la niña en esta etapa de su vida; que el vínculo creado con su cuidadora, favorece el desarrollo de las actividades dentro de la escuela, tanto de las tareas escolares, como así también, el vínculo con sus pares”** (*sic*, la negrita me pertenece). Dicho de otra manera, en la mentada Acta la obra social está reconociendo que L. necesita de su acompañante escolar, más allá de que utilice el término “cuidadora”, y teniendo en cuenta que en su responde a la demanda de amparo, la accionada observó **“que lo que L. requiere, tal como lo han sugerido los galenos que la atienden, es que sea acompañada por un profesional desde el contexto pedagógico y educativo”** (*sic*, v. fs. 40 vta., 5to. párrafo, la negrita me pertenece).

No obstante, al momento de resolver la obra social lo hizo otorgando al señor A. un subsidio destinado a colaborar con el servicio de “cuidador escolar” en beneficio de su hija; figura ésta (la del cuidador en el ámbito escolar) que por Resolución N° 1036 tiene por finalidad “acompañar y/o asistir al niño/a en las tareas de la vida cotidiana, alimentación, vestimenta, desplazamiento, actividades relacionadas con la autonomía personal e higiene”, y sin perjuicio de lo cual “no cumple ninguna función pedagógica” (ver considerando de la res. 1036/2021).

Es decir, más allá de que en el Acta 2156 se utilice el término “cuidadora”, la demandada reconoce al describir las funciones de tal “cuidadora” que se trata de una acompañante escolar tal como lo pidió la psicopedagoga en su informe; y al otorgar un subsidio con fundamento en una resolución que reglamenta la figura del Cuidador en el ámbito escolar (como lo había acordado mediante Acta N° 5/21 con el Ministerio de Educación), en éste caso particular, no hizo más que sustraerse a los deberes y obligaciones ex lege a su cargo.

En el *sublite*, debemos atender a los derechos de una niña menor de edad y con discapacidad. Son aplicables convenciones de máxima jerarquía constitucional como el art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (art. 12); y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25).

Por otra parte, la Ley 22.431 sancionada el 16/03/1981 establece la protección integral de las personas con discapacidad, tendiente a asegurar su atención médica, su educación y su seguridad social, así como las franquicias necesarias para promover su inclusión y la igualdad de oportunidades. Incluye dentro de las prestaciones médico-asistenciales básicas, las que requiera la rehabilitación de las personas discapacitadas.

Mientras que, siguiendo tal perspectiva, la Ley 24.901, sancionada el 05/09/1997, instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección con el objeto de brindarles una protección integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1).

Ésta última ley, incluye con carácter obligatorio para las obras sociales enmarcadas en la ley 23.660, la cobertura total de las prestaciones básicas allí enunciadas, estableciendo en su art. 6 que los entes obligados brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados, los que se evaluarán previamente. Reconoce en el art. 15 las prestaciones de rehabilitación como 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 o restauración de aptitudes e intereses para que una 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 de las capacidades motoras, sensoriales, mentales, y/o viscerales alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido, utilizando para ello todos los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera. En su art. 39 dispone la obligatoriedad para éstas del reconocimiento de la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología.

También la Ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, previendo en su art. 1 que tiene por objeto: "...promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente". La convención establece en su art. 24: "(...) 1. Los Estados Parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Parte asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles (...) 2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Parte asegurarán que: (...) d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva".

Asimismo, podemos mencionar la Ley del fuero de familia, de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, Ley III-N° 21 que resulta un instrumento útil y eficaz para abordar judicialmente, en cuanto reconoce igualmente el derecho a la vida y al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y su rehabilitación (art. 6, 9, 10 y ctes.). En idéntico sentido, los postulados de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061.

Volviendo a la Ley 24.091 antes mencionada de "Sistema de Prestaciones Básicas de Atención integral a favor de las personas con Discapacidad", advertimos que establece que la cobertura integral debe contemplar prestaciones preventivas, de rehabilitación, terapéuticas educativas, y asistencia. A nivel provincial la Ley I N° 296 establece la protección integral a las personas con discapacidad, tendiente a promover su integración social y desarrollo personal, y

equiparación de accesibilidad y oportunidades (art. 1), disponiendo en el art. 16 que es la Secretaría de Salud, el Instituto de Seguridad Social y Seguros, y las demás Obras Sociales y prepagas las que garantizarán en forma gratuita las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante, que se acreditará con la sola presentación del certificado de discapacidad previsto por el art. 3 de la ley, y lo establecido en la Ley Nacional N° 24.901 y la Ley XVIII N° 36.

Por otra parte, la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad que se encuentra integrado como Anexo I. Dicho nomenclador, en el punto 2.1.6.3 refiere al Apoyo a la Integración escolar, definido como “el proceso programado y sistematizado de apoyo pedagógico que requiere un alumno con necesidades educativas especiales para integrarse en la escolaridad común en cualquiera de sus niveles”. Tal prestación abarca una población entre los 3 y los 18 años o hasta finalizar el ciclo de escolaridad que curse, respecto a niños y jóvenes con necesidades educativas especiales derivadas de alguna problemática de discapacidad (sensorial, motriz, deficiencia mental u otras), que puedan acceder a la escolaridad en servicios de educación común y en los diferentes niveles – Educación inicial, EGB, Polimodal.

Se encuentra previsto que la prestación sea otorgada por equipos técnicos interdisciplinarios de apoyo conformados por profesionales y docentes especializados, pudiendo otorgarse la cobertura bajo la modalidad de atención en escuela común, en consultorio, en domicilio, en forma simultánea y/o sucesiva, según corresponda. En el marco de la normativa general del anexo I, se establece respecto a las prestaciones de carácter educativo contempladas por el Nomenclador, que serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad, conforme a lo que determine su reglamentación.

Ahora bien, es cierto que la madre de la niña en su nota del 1 de marzo del corriente año solicitó la cobertura al 100% de la práctica de “cuidador escolar”, pero es de señalar que es habitual que quienes son afiliados ante el derrotero de prestaciones, nomencladores, tratamientos de toda índole (terapéuticos, de rehabilitación, medicamentosos, educativos, de salud, etc.) confundan o equivoquen la denominación de la prestación que solicitan, lo que a toda vista demuestra la importancia de la interacción y el cumplimiento de informar y asistir a los agentes de salud y, a su vez, de interactuar en forma fluida con los equipos que tratan a los afiliados con discapacidad.

Así lo define la Ley 24.901, que reza en su art. 5 **el deber de establecer los mecanismos necesarios para la capacitación de sus agentes y la difusión a sus beneficiarios de todos los servicios a los que pueden acceder**, conforme al contenido de la norma. Ésta, se encuentra nutrida por el deber de información contemplado en los arts. 4 de la Ley 24.240 y 1100 del CCyC de la Nación, atento la naturaleza del vínculo jurídico bajo análisis (relación de consumo).

En consonancia con lo anterior, el art. 11 recalca que las personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de estas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, a acciones de evaluación y orientación individual y familiar a

acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad **y su inserción en el sistema de prestaciones básicas.**

Esto es, las prestaciones que pueden ser requeridas por los pacientes y/o por los profesionales tratantes (en caso de los niños con discapacidad intelectual, por sus médicos pediatras y neurólogos) son necesariamente evaluadas por los agentes de salud, que a su vez **deben y pueden** proponer mejoras o modificaciones en los tratamientos propuestos, a los fines de mejorar la calidad de las prestaciones, su eficiencia y eficacia, y a los fines de garantizar los objetivos del sistema, y su sustentabilidad.

Además, cabe tener en cuenta que la mamá de L. hizo el pedido con sustento en la Ley 24.901; norma legal que la demandada no puede desconocer atento el análisis que realicé en párrafos anteriores; y máxime cuando como ella misma lo indicó en el Acta de fecha 18 de mayo del 2021, (notificada el 08/09/2021 tal como lo indiqué en la providencia firme por consentida del 24/09/2021) la persona que cuida a la niña cumple funciones que favorece el desarrollo de las actividades dentro de la escuela, tanto de las tareas escolares, como así también, el vínculo con sus pares, es decir (aunque el acta no lo diga en tales términos) cumple funciones de acompañante escolar. En éste último punto vuelvo a citar la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social que aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad que se encuentra integrado como Anexo I. Dicho nomenclador, en el punto 2.1.6.3 refiere al Apoyo a la Integración escolar, definido como **“el proceso programado y sistematizado de apoyo pedagógico que requiere un alumno con necesidades educativas especiales para integrarse en la escolaridad común en cualquiera de sus niveles”**.

Surge notorio y sin hesitación alguna que, sin perjuicio de la presunta ajenidad alegada por la accionada respecto de las obligaciones de la normativa aplicable en materia educativa, el subsidio que otorgó y por los fundamentos que dio, ampara la asistencia en el ámbito educativo entre las que se encuentran incluidas las tareas escolares.

La obra social se enrola en el llamado “modelo médico de la discapacidad” que hace foco en el déficit de la persona como problema a resolver. Su rehabilitación resulta necesaria para la inclusión social y deberá ser comandada por un equipo de médicos, que mediante terapias individuales perseguirán como objetivo la adaptación de la persona al entorno dado. Desde esta perspectiva, siempre serán los profesionales del servicio de salud quienes decidan qué es lo mejor para la persona con discapacidad (cf. “Conceptos, herramientas y prácticas para la inclusión de personas con discapacidad”, <https://www.buenosaires.gob.ar>). Así, pese reconocer que lo mejor para L. es que sea acompañada por un profesional desde el contexto pedagógico y educativo, como no se trata de un personal de salud sino de un profesional que pertenece al área del Ministerio de Educación, decidieron darle un subsidio para ayudar a los padres con los gastos que le genera un cuidador escolar.

Al respecto, vuelvo recordar que la ley 24.901 en su art. 2, dice: “Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, **tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley**, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las

mismas” (el resaltado me pertenece). Entre las prestaciones contempladas, encontramos la integración escolar, referida en su art. 22. Esto es, mediante servicios propios o contratados (art. 6) y estableciendo que en todos los casos la cobertura integral de rehabilitación se deberá brindar con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera (art. 15 y sgtes.).

Y vuelvo a recordar que a nivel provincial la Ley I N° 296 establece la protección integral a las personas con discapacidad, tendiente a promover su integración social y desarrollo personal, y equiparación de accesibilidad y oportunidades (art. 1), **disponiendo en el art. 16 que es la Secretaría de Salud, el Instituto de Seguridad Social y Seguros, y las demás Obras Sociales y prepagas las que garantizarán en forma gratuita las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante, que se acreditará con la sola presentación del certificado de discapacidad** previsto por el art. 3 de la ley, y lo establecido en la Ley Nacional N° 24.901 y la Ley XVIII N° 36. Certificado que L. posee expedido a su nombre el 18/10/2017, con vigencia hasta el 18/10/2022 (Con diagnóstico: “Otras faltas del desarrollo fisiológico normal esperado. Retardo del desarrollo. Síndrome de Down. Malformaciones congénitas de los tabiques cardíacos” (*sic*); y Orientación prestacional: “Prestaciones de rehabilitación – Prestaciones Educativas [Inicial/EGB-SERVICIO DE APOYO A LA INTEGRACIÓN ESCOLAR]”).

Frente al “modelo médico” se erige el “modelo social de la discapacidad”. El problema no es un atributo ni un problema de la persona, sino que radica en el seno mismo de la sociedad y sus prácticas segregadoras. La solución se encuentra en un conjunto de acciones que se llevarán a cabo por todos los actores sociales, incluyendo a los servicios de salud, de todos los estratos, basadas en una perspectiva de derechos humanos (“Conceptos, herramientas y prácticas para la inclusión de personas con discapacidad”, <https://www.buenosaires.gob.ar>).

De todo ello cabe inferir que aún cuando el maestro de apoyo o integrador pueda resultar una prestación que el Estado debe brindar **como primera alternativa, no la única**, a través del Ministerio de Educación, lo cierto es que solicitada a quienes según el anexo referido deben, no se obtuvo respuesta tendiente a satisfacer el requerimiento de los padres de la niña. **Tampoco la Obra Social accionada indicó oportunamente de qué manera se accede a la prestación** que, indicada por los facultativos correspondientes, integra una “prestación educativa” de las previstas por las variadas leyes ya enunciadas.

Si a salud sólo se refiere, la Organización Mundial de la Salud creó lo que se denomina Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF). La CIF intenta realizar una síntesis y, así, facilitar una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social, priorizando el concepto de calidad de vida (“Conceptos, herramientas y prácticas para la inclusión de personas con discapacidad”, <https://www.buenosaires.gob.ar>). Y no me cabe duda alguna que la educación para L. hace a su calidad de vida.

Se desprende del informe efectuado por la Psicopedagoga, que lo que L. necesita no es un cuidador, sino la figura de acompañante escolar que colabore en sala/en aula para sostener una

organización en L. que le permita acceder a los aprendizajes escolares y evite así un desfase mayor en sus adquisiciones. Es decir, L. necesita un/a profesional que acorde a su etapa del desarrollo y el plan y objetivos definidos (v. los dichos de la Mgter. V. D. para requerir un acompañante escolar) por su equipo tratante efectuó un abordaje “in situ” favoreciendo su desempeño educativo propendiendo a la adquisición de conocimientos conforme parámetros comprobables en el ámbito pedagógico. **Dicha prestación atendiendo la edad de L. se me presenta como imprescindible y urgente.**

Con relación a ello, la norma antes mencionada establece que las obras sociales y agentes de salud tendrán a su cargo el costo de tratamientos con especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales (art. 6) y a través del seguimiento en la evolución del paciente por parte de un equipo interdisciplinario, quien debe orientarlo a servicios que contemplen su superación (arts. 11, 12 y 39 de la Ley N°. 24901).

En tal sentido la Corte Suprema, el 27 de noviembre de 2012 en la causa “R.D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, 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 (en el caso que analizo, la misma demandada entiende que corresponde proveer la prestación, pero no es su obligación), 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.

Resulta ostensible que el régimen jurídico bajo estudio se ve desnaturalizado al dejar sin cobertura integral una necesidad central, como la que se nos presenta. Lisa y llanamente proporcionar una prestación distinta es no otorgar una solución a un legítimo requerimiento, fundado y con sustento legal, constitucional y convencional. La arbitrariedad e ilegalidad se muestra manifiesta.

Es 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.

Como se puede apreciar, la Ley 24.901 consagra un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad (conf. CNCCFed., Sala I, causas 2228/02, 6511/03 y 16.233/03 y Sala II, causa 2837/03 del 8.8.03), cuya finalidad es su integración social (v. arg. arts. 11, 15, 23 y 33; conf. CNCCFed., Sala I, causa 7841/99 del 7.2.00, entre muchas otras), por lo que las prestaciones en ella previstas le son aplicables al amparista y, en este contexto, la demandada no puede desatender las necesidades de su afiliado.

Así es como llegamos a una instancia judicial en la que el servicio propuesto por la obra social es inidóneo (así lo reconoce la propia demandada). En consecuencia, **de seguir la situación**

en este estado los padres de L. continuarían recibiendo un subsidio para satisfacer una prestación que no es la adecuada y la obra social paga por, justamente, algo que no es lo que se debe proveer.

Ello sentado, cabe señalar que la cobertura requerida se encuentra prescripta en la normativa aplicable, por cuanto la citada ley 24.901 contempla la cobertura amplia de las prestaciones asistenciales, con la limitación del marco del Nomenclador que indica la Resolución 2001/2016 modificatoria de la Resolución 1512/2013 del Ministerio de Salud - Actualización de los Aranceles del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad- y los eventuales incrementos que la normativa futura pudiera disponer (conf. CNCCFed. Sala II, doct. de las causas 2711/12 del 20.9.12; 7732/10 del 29.3.12; 9021/11 del 13.4.12; 3285/12 del 13.7.12 y 4289/12 del 30.10.12).

Queda claro que este es el marco obligacional que la demandada debe observar para brindar este tipo de prestaciones, por lo que habiendo la familia de la actora optado por un prestador ajeno al de la cartilla (Lic. C.), los valores a cubrir deberán atenerse a los montos estipulados en dicho Nomenclador y los eventuales incrementos que la normativa futura pudiera disponer (como lo ha dicho la jurisprudencia).

Por último, y a mayor abundamiento no puedo dejar de decir que los derechos y obligaciones son para todos los seres humanos. Que el desarrollo de los derechos debe orientarse para el conjunto de las personas, evitando discriminaciones y exclusiones que en nuestra sociedad son tan frecuentes. En el caso bajo análisis resultan de aplicación contundente, a más de todas las normas que cité, la Convención de los Derechos del Niño, convertida en Ley 23.849; y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280.

En sentido similar, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad (CDPCD, que en el año 2014 tomó Jerarquía Constitucional bajo la Ley 27.044) realizada por la Organización de las Naciones Unidas, en su art. 1, Propósito, afirma que la discapacidad es: un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

Por todo lo expuesto, hago lugar a la Acción de Amparo impetrada y en su mérito dispongo que el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT - ISSYS - (Obras Social SEROS), brinde a la niña, L. A. el cien por ciento (100%) de la cobertura por discapacidad, correspondiente al “Módulo Maestro de Apoyo” en los términos de la Ley 24.901 a fin que realice el acompañamiento de la niña en el ámbito escolar en el horario en que concurra a la escuela, o en el horario escolar que en futuro se requiera a los efectos de garantizar la evolución en su desarrollo educativo.

Aclaro que otorgo la cobertura correspondiente al módulo maestro de apoyo y no como fue solicitado, por ser una sola profesional de apoyo (Prof. De Educación Inicial, B. A. C., v. fs. 14 vta.) y no un equipo de apoyo (no fue debidamente alegado ni acreditado por la parte actora) que haría pasible la cobertura por Módulo de Apoyo a la Integración Escolar.

Al monto referido supra, deberá adicionarse el VEINTE POR CIENTO (20%) sobre el arancel básico, por zona desfavorable, a las prestaciones brindadas en las provincias de la zona patagónica (Resolución Conjunta 10/2021, MINISTERIO DE SALUD Y AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD - <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244726/20210522> -).

Asimismo, la obra social deberá reintegrar los gastos efectuados por el afiliado en atención a la salud integral de L.; éstos deberán formalizarse antes de los 10 días hábiles desde su presentación en la delegación más cercana al domicilio de la accionante, bajo apercibimiento de aplicar intereses a la tasa activa que utiliza el B. C. S.A. para sus operaciones generales vencidas, desde la fecha de vencimiento de los diez días y hasta el efectivo pago.

En relación al **pedido de inconstitucionalidad** referido a la Resolución 1036 dictada por el Directorio de la Obra Social accionada, entiendo que no corresponde declarar su inconstitucionalidad por innecesario, ya que la prestación y el subsidio allí contemplado puede concederse (si el afiliado lo solicita) sin colisionar con la normativa vigente en materia de discapacidad **siempre que en caso de que la evaluación interdisciplinaria sea procedente y adecuada de acuerdo a las necesidades del afiliado, previa evaluación del equipo tratante del peticionante y del agente de salud a cargo del tratamiento mediante servicios propios o contratados.**

Esto, atento el reconocimiento de la accionada en cuanto a que la figura de “cuidador” no es el tipo de prestación que L. requiere, y siendo la declaración de inconstitucionalidad de una ley la “última ratio” del orden jurídico, a la que sólo se ha de llegar cuando el esfuerzo interpretativo no logra coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución y que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición es un acto de máxima gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al que el juzgado debe acudir sólo –reitero- como última ratio, cuando no tiene otra alternativa posible.

Atento el principio general de la derrota, impongo las costas a la demandada vencida (art. 69 del CPCC).

Regulo los honorarios de los profesionales intervinientes, atendiendo al mérito de las tareas realizadas así como al resultado obtenido, de la siguiente manera: al Dr. J. I. G. A., letrado patrocinante de la parte actora, en 35 jus; y a los Dres. P. R. A., M. J. R. C. e I. L., letrado apoderados de la parte demandada, en conjunto, en 30 jus a los que deberá adicionárseles el 30% por procuración (cf. art. 5, 8, 9, 35, 46 de la Ley XIII N° 4). Todos con más el IVA pertinente.

Por todo ello, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales

FALLO:

Por los motivos expuestos en los Considerandos, **HACIENDO LUGAR** a la acción de amparo impetrada por P. M. A. (DNI N° X.) por derecho propio y en representación de su hija L. A. (DNI N° X.), contra Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut (ISSyS) (Obras Social SEROS); y en su mérito ésta última deberá brindar a L. A. el cien por ciento (100%) de la cobertura por discapacidad, correspondiente al “Módulo Maestro de Apoyo” en los términos de la Ley 24.901 a fin que realice el acompañamiento de la niña en el ámbito escolar en el horario en que

concurra a la escuela, o en el horario escolar que en futuro se requiera a los efectos de garantizar la evolución en su desarrollo educativo.

Al monto referido *supra*, deberá adicionarse el VEINTE POR CIENTO (20%) sobre el arancel básico, por zona desfavorable, a las prestaciones brindadas en las provincias de la zona patagónica (Resolución Conjunta 10/2021, MINISTERIO DE SALUD Y AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD - <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244726/20210522> -).

Asimismo, la obra social deberá reintegrar los gastos efectuados por el afiliado en atención a la salud integral de L.; éstos deberán formalizarse antes de los 10 días hábiles desde su presentación en la delegación más cercana al domicilio de la accionante, bajo apercibimiento de aplicar intereses a la tasa activa que utiliza el B. C. S.A. para sus operaciones generales vencidas, desde la fecha de vencimiento de los diez días y hasta el efectivo pago.

Insto a la Obra Social a que procure darle prioridad a los trámites administrativos internos a fin de darle acabo cumplimiento a la presente. La inmediatez se hace necesaria por estar en juegos derechos de una niña con discapacidad.

No hago lugar, por innecesario, al planteo de inconstitucionalidad de la Resolución 1036 (30/07/2021; v. lo dicho en los Considerandos).

IMPONIENDO las costas a la parte vencida (cf. art. 69 del CPCC).

REGULANDO los honorarios de los profesionales intervinientes, atendiendo al mérito de las tareas realizadas así como al resultado obtenido, de la siguiente manera: al Dr. J. I. G. A., letrado patrocinante de la parte actora, en 35 jus; y a los Dres. P. R. A., M. J. R. C. e I. L., letrado apoderados de la parte demandada, en conjunto, en 30 jus a los que deberá adicionárseles el 30% por procuración (cf. art. 5, 8, 9, 35, 46 de la Ley XIII N° 4). Todos con más el IVA pertinente.

MANDANDO se registre y notifique. Fecho CÓRRASE VISTA a la Asesoría de Familia.

---- REGISTRADO BAJO EL N°

2021 (DEF) CONSTE.