

## Amparo De Salud Menor Discapacitado

### JURISPRUDENCIA

En Mendoza, a los 30 días del mes de octubre de dos mil diecinueve, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Dres. Manuel Alberto Pizarro Dres, Juan Ignacio Pérez Curci y Olga Pura Arrabal, procedieron a resolver en definitiva estos autos N° FMZ N° 36649/2018/CA2, caratulados: "T.,M.V. en representación de su hijo menor D.,M.S. c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo Ley 16.986", venidos del Juzgado Federal de San Luis en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 135/138 contra la resolución de fs. 129/133, cuya parte dispositiva se tiene aquí por reproducida. El Tribunal se planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia de fs. 129/133? De conformidad con lo establecido por los arts. 268 y 271 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y arts. 4 y 15 del Reglamento de esta Cámara, se procedió a establecer por sorteo el siguiente orden de estudio y votación: Vocalías n° 2, 3 y 1. Sobre la única cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Dr. Juan Ignacio Pérez Curci dijo: 1. Que, a fs. 13/20, comparece la Sra. TMV por derecho propio y en representación de su hijo menor MSD, con el patrocinio de la Dra. Susana Placidi. Interpone acción de amparo en contra de Asociación Mutual Sancor Salud. Manifiesta que su hijo padece TDA (Trastorno del Espectro Autista), entre otras patologías, lo que acredita con el certificado de Discapacidad oficial -CUDvigente (fs. 2). Es tratado por diversos profesionales y requiere de terapias y ayudas a los fines de poder desarrollar una vida mejor. Entre ellas refiere: fonoaudiólogo, psicopedagogo, psicólogo, maestro de apoyo, escolaridad común. En base a ello es que solicita como objeto de la acción de amparo, se ordene a la demandada la cobertura total (100%) de los tratamientos y servicios que se prescriban y que son necesarios ahora y en su futuro para que el menor en su condición de persona con discapacidad pueda mantener una mejor calidad de vida, incluyendo maestro de apoyo en las horas prescriptas, escolaridad, etc., y que sean ordenados por los profesionales que lo atienden en función de su patología, ahora y en el futuro. 2. En razón de lo detallado, pretende que la demandada le otorgue en forma cautelar cobertura total (100%) de maestro de apoyo por la cantidad de horas prescriptas por el médico tratante, y escolaridad. 3. Refiere la actora, que para que la integración pueda cumplir su función, necesita acompañar a M durante toda la jornada escolar. El médico tratante ha indicado, debido a su patología, que el maestro de apoyo debe acompañarlo durante 4 horas diarias 20 horas semanales, de lunes a viernes. Sin perjuicio de ello, la demandada solo autoriza un total de 32 horas mensuales. En lo que a la escolaridad se refiere, manifiesta que la médica neuróloga del menor ha prescripto la asistencia a una escolaridad común, y ello en función de su diagnóstico y de las capacidades que el niño demuestra, en cada examen médico y desarrollo y evaluación del equipo de profesionales que lo atienden a diario y lo conoce a fondo. Relata que habiendo realizado numerosos reclamos ante la Obra Social, la han dejado esperando meses. Refiere que en el mes de febrero de 2018 ha presentado toda la documentación. Debido a la falta de respuesta, en fecha 15 de mayo de 2018, presentó nota en Sancor, en el cual reclama la autorización de las prestaciones de escolaridad y de maestra de apoyo, y asimismo envió email al área de discapacidad de la demandada, pero no obtuvo respuestas, lo que motivó el inicio de la demanda. 4. En fecha 13 de junio de 2018, el juez federal de San Luis resolvió hacer lugar a la medida cautelar. Ordenó a Asociación Mutual Sancor Salud que proceda, en forma inmediata, a brindar al menor MSD la cobertura de la maestra integradora 5 días por semana (20 horas por semana) y escolaridad primaria jornada simple (marzo a diciembre 2018). Dicha medida fue apelada por la demandada, resolviendo esta Excma. Cámara Federal el rechazo del recurso respectivo, confirmando la medida cautelar. 5. Producido el informe del art. 8 de la ley 16.986, transcurrido el proceso, el Juez dictó sentencia (fs. 129/133). Resolvió hacer lugar a la acción de amparo deducida por la Sra. MVT y, en consecuencia, conforme el objeto de la demanda, condenó a la Asociación Mutual Sancor Salud, que proceda en forma inmediata a la cobertura integral y total del 100% de los tratamientos y/o medicamentos que se prescriban y que son necesarios, ahora y en el futuro, para que el menor, en su condición de persona con discapacidad, pueda mantener una mejor calidad de vida, incluyendo maestro de apoyo en las horas prescriptas, escolaridad primaria jornada simple; y que le sean prescriptos por los profesionales que lo atienden para el tratamiento de sus enfermedades. 6. Contra ese decisorio, la demandada deduce recurso de apelación (fs. 135/138). A Se agravia por entender que la sentencia es extrapetitia, atento a que falla sobre cuestiones no traídas por las partes al litigio. Refiere que el objeto del amparo fue la maestra de apoyo escolar y el abono del colegio escolaridad primaria jornada simple. Que en ningún momento la amparista planteo la cobertura integral y total del 100% de los tratamientos y/o medicamentos que se prescriban, como lo resuelve la sentencia recurrida. B En segundo término, se queja respecto de la concesión de los tratamientos y medicamentos que se prescriban y que son necesarios, ahora y en el futuro. Cita jurisprudencia. C Párrafo aparte, refiere que las prestaciones que fueron objeto de petición por la amparista, están siendo actualmente cumplidas por parte de Sancor Salud, y que no hubo negativa de su parte. Y que respecto de la maestra de apoyo escolar, cuyo módulo está

establecido en la suma de \$ 10924 según nomenclador de discapacidad 428/99 cuando la integración supere las 6 horas por semana.

Por ello, se agravia refiriendo ser el fallo arbitrario y agravante de los derechos de su mandante. D Se queja en último término, por la imposición de costas, porque ha quedado demostrada la voluntad de cumplimiento expuesta, y porque su intención no ha sido obstaculizar las prestaciones debidas de acuerdo al Programa Médico Obligatorio y la Ley 24901. En razón de ello, solicita que las costas le sean impuestas a la contraria. 7. Corrido el traslado de la apelación (fs. 141), notificado fictamente, la actora no contesta. 8. Reseñados los antecedentes de la causa, corresponde avocarme a la solución del caso. Desde ya anticipo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por los fundamentos que paso a exponer. 9. Del relato del primer agravio, surge que la demandada confunde el objeto de la medida cautelar, con lo que fuera el objeto de la demanda de amparo. Resulta ser congruente la sentencia que hace lugar a la acción de amparo, con lo efectivamente solicitado por la parte actora como objeto de la demanda. Por tal motivo, cabe rechazar este primer agravio de la recurrente. 10. Sin perjuicio de ello, y adentrándonos en el segundo agravio planteado, cabe hacer algunas consideraciones. La ley de amparo 16.986, marco normativo aplicado a la acción interpuesta, refiere en su art. 1 que ¿será admisible contra todo acto u omisión?, cuando este ¿en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional?. De acuerdo con ello es que en su art. 6, prescribe, entre los requisitos que deberá contener la demanda: ¿...c) La relación circunstanciada de los extremos que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía constitucional; d) La petición, en términos claros y precisos?. Esto así por cuanto la vía expedita y rápida del amparo, implica la inexistencia de otros medios más idóneos para hacer valer la pretensión del actor, obligándolo a extremar los recaudos probatorios tendientes a demostrar al juzgador, la evidencia del perjuicio grave e irreparable que le produce el acto u omisión. El objeto de la demanda aquí interpuesta, tiene una amplitud tal que desvirtúa su fin propio. Consecuentemente con ello, la sentencia del juez a quo, se hace eco de la misma imprecisión, lo que motiva el agravio de la recurrente. La sentencia que admite la acción de amparo debe contener ¿la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución? (art. 12), extremos que no se dan respecto de la resolución cuestionada. Condenar a la Obra Social demandada a la cobertura integral y total de los tratamientos y medicamentos que se prescriban y que son necesarios ahora y en el futuro, atenta a todas luces contra el derecho de defensa y la seguridad jurídica, máxime cuando en modo alguno se ha demostrado o siquiera inferido por parte del amparista la denegatoria total o parcial de alguna prestación, tratamiento, práctica o medicamento por parte de la obra social -distinto, claro está, del objeto principal de la presente acción que se resuelve en este decisorio; con lo cual, aquella eventualidad desborda claramente el marco de la tutela que prevé la vía del amparo. Dicho esto, es que corresponde hacer lugar al agravio referido, limitando el resolutivo de la sentencia atacada a las prestaciones expresamente solicitadas en autos, y acreditadas con las pruebas acompañadas, esto es, maestro de apoyo y escolaridad. 11. El tercer agravio, ahora relativo a la extensión de cobertura de las prestaciones de maestro de apoyo, se funda principalmente en la sujeción de las prestaciones al nomenclador de discapacidad Res 428/99. Respecto de este punto cabe hacer un breve recorrido por la normativa vigente en la materia. En primer lugar, la sanción y promulgación de la ley 22431 (16/03/1981) que estableció un ¿Sistema de protección integral de los discapacitados?, y con posterioridad la ley 24.901 (5/11/1997) que instauró un ¿Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad?, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos -art. 1, fijando a cargo de las obras sociales la cobertura obligatoria de las prestaciones establecidas en esta ley -art. 2. En lo relativo a la resolución del presente, cabe hacer mención al texto de la citada ley, que expresamente ordena la cobertura de prestaciones educativaterapéuticas tendientes a promover la ¿adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéuticopedagógico y recreativo?; como así también de prestaciones educativas, como aquellas que ¿desarrollan acciones de enseñanzaaprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada?, comprendiendo la escolaridad en todos sus tipos - art. 16 y 17 respectivamente. Receptando el nuevo paradigma de la discapacidad a la luz de los derechos humanos, en el año 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adquiriendo jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento con la sanción de la ley 27.044. Considera la discapacidad como 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 y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, estableciendo como propósito de los Estados Parte, promover, proteger y asegurar el goce pleno 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. En ese sentido, expresamente reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, asegurando un sistema de educación inclusivo -art. 24.1. Y a los fines de hacer efectivo el derecho, refiere que los Estados Partes

asegurarán -art. 24.2 que las personas, niños y niñas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivo de su discapacidad -a), que puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones, en la comunidad en que vivan -b), que se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales -c), que se les preste el apoyo necesario, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva - d), y 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. Determinada la normativa aplicable, y adentrándonos a su tratamiento, deben hacerse algunas consideraciones. A pesar de sus agravios, el recurrente no ha desconocido el carácter de afiliado del menor, ni la patología que lo afecta. En concreto, no ha cuestionado que MS, de 11 Años de edad, padece de T.D.A., que tiene certificado de discapacidad vigente (fs. 2), y la necesidad de las prestaciones reclamadas, conforme los certificados médicos acompañados por la actora (fs. 9/10), y conforme el testimonio de la Lic. Lorena Brando, que manifiesta que resulta "indispensable que Sebastián concurra a una escuela común", debiendo el menor "concurrir con un maestro de apoyo debido a que necesita cursar su escolaridad con adaptaciones curriculares?". Asimismo, conforme se relata en la demanda, los padres no pueden cubrir todas estas necesidades del menor, por lo que si la obra social no costea la totalidad de las horas de maestro de apoyo, MS podría asistir solamente una hora diaria al colegio. De ser así, se estaría vulnerando su derecho a la educación, restringiendo su asistencia al colegio "común" como lo prescriben los profesionales que lo atienden, privándole su integración en condiciones de igualdad con el resto de sus compañeros. Por ello, de hacer lugar a las limitaciones expuestas por la demandada, en el caso de autos, desvirtuaría la protección integral que la normativa nacional e internacional con jerarquía constitucional prevé para las personas con discapacidad. Lo referido a las normas que regulan la situación de las personas con discapacidad y su interpretación ha sido desarrollado ampliamente por esta Sala en los autos N° 28493/2015/CA1 "OMN EN REP. DE FR C/ PAMI P AMPARO" (sentencia del día 04/04/19). Las conclusiones allí vertidas resultan plenamente aplicables al caso de marras. En conclusión, por aplicación de la especial protección que la normativa citada reconoce a este grupo vulnerable, y teniendo en cuenta que los certificados médicos acompañados acreditan la necesidad del menor de acceder a la educación primaria común, jornada simple, con maestra de apoyo para la integración, durante toda la jornada escolar 4 hs diarias los 5 días de la semana, es que me pronunció en ese sentido, rechazando el agravio de la recurrente. 12. En relación a la imposición de costas de primera instancia cuestionada por la apelante, surge de autos que el cumplimiento de las prestaciones requeridas, lo fue con posterioridad a la interposición de la demanda, e incluso de un nuevo emplazamiento -fs. 29, por lo que, respecto de las costas de primera instancia, no encuentro motivo alguno para apartarme del principio "perdedor pagador" (art. 68 C.P.C.C.N.). Respecto de las costas de la alzada, reconociendo razón parcial al recurrente, considero que las mismas deben ser impuestas por su orden. En virtud de lo expuesto, SE RESUELVE: 1) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación deducido por Asociación Mutual Sancor Salud a fs. 135/138 y vta., debiendo modificarse el pto 1) de la sentencia apelada, que quedará redactado de la siguiente manera: "1) Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo deducida por MVT en representación de su hijo menor de edad MSD, y, en consecuencia, condenar a la Asociación Mutual Sancor Salud, que proceda en forma inmediata a la cobertura integral y total del 100% de las prestaciones de maestro de apoyo por 4 horas diarias, los 5 días de la semana, y escolaridad primaria común jornada simple, conforme lo requiere el afiliado, según las prescripciones de sus médicos tratantes." 2) De esta segunda instancia, costas por su orden (art. 68 segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). 3) Diferir la regulación de honorarios, hasta tanto sean regulados en primera instancia. Protocolícese- Notifíquese- Publíquese. Firmado: Dres. Manuel Alberto Pizarro Juan Ignacio Pérez Curci Olga Pura Arrabal Ante mí, Rolando Héctor Marino, Secretario de Cámara. 076190E