En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., C. A. y L., P. A. c/ G. A. SA s/ ACCIÓN DE AMPARO", expte. nro. 521/16**, venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 433/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 134), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 111/120vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado:

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta e impuso a la obra social G., la obligación de brindar al niño L. R. M. la cobertura total e integral en la atención de su salud, conforme su patología, debiendo reconocer la totalidad de los gastos emergentes: a) Terapia ocupacional en dos sesiones semanales; b) fonoaudiología en dos sesiones semanales; c) psicología en dos sesiones semanales; d) acompañante escolar en horario completo; e) maestra integradora y acompañante terapéutica; f) transporte

desde y hacia la escuela y las terapias; g) toda otra prescripción que ordenen los profesionales tratantes. Impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios profesionales.

2. El recurso de la parte actora. Sus fundamentos:

La parte actora apeló la decisión y fundó el recurso como lo prevé el régimen procesal del amparo a fs. 122/124. Concretamente se agravia por el rechazo de la petición de cobertura del módulo de integración escolar –costo educativo escolaridad primaria-.

Invoca el interés superior del niño en función de la prueba colectada en la causa y la irrazonabilidad de limitación y reglamentación de la Resolución n° 428/99 del Ministerio de Salud.

Insiste en el modo que tal interés superior se concretiza en autos remarcando: la prestación es indispensable; la ciudad carece de centros educativos estatales específicos para niños con TGD; el instituto educativo al que concurre le brinda educación provechosa y satisface adecuadamente sus necesidades educativas; finalmente la medida tratante y la acompañante terapéutica aconsejan que continúe en el mismo colegio por la razón señalada precedentemente y porque los niños con TGD tienen problemas serios con los cambios.

3. Tratamiento de los agravios:

3.a. En primer lugar, es dable destacar que se encuentran en debate los derechos de una persona menor de edad, es decir de un niño que por su condición de tal goza de una tutela preferente en función de las previsiones constitucionales, supranacionales e infraconstitucionales (art. 75 inc 22 de la CN, Convención de los Derechos del Niño, y Ley 26661 de Protección Integral a las niñas, niños y adolescentes).

En síntesis, este marco normativo determina que es el interés superior de L. R. el que debe presidir la solución del caso.

Por lo demás, es imposible soslayar que estamos frente a un niño con discapacidad y por lo tanto sus derechos son asimismo reconocidos por un amplio marco de disposiciones de carácter constitucional, como el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (art. 12) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25).

En el plano infraconstitucional, las leyes 22431 (art. 2); 23661 y 24091 establecen previsiones tuitivas. El último cuerpo legal citado, instituye 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 cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1).

También la Ley 26378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, previendo en su artículo 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" (art. 1).

3.b. Reseñado el marco legal de la cuestión, es dable señalar que en el caso bajo examen, los recurrentes sostienen lesionado el desarrollo integral de su hijo L. R., nacido el día 24 de abril de 2009, es decir de 7 años y 6 meses de edad de edad (*cf*. partida de nacimiento obrante a fs. 1), diagnosticado con

trastorno específicos del desarrollo del habla y del lenguaje y trastorno generalizado del desarrollo como resulta del Certificado de Discapacidad – Ley 24091 agregado fs. 24), afiliado a G., (*cf*. credencial agregada a fs. 25) y que concurre a 2° grado de la escuela primaria común en el Instituto Martín Rivadavia –fs. 34/37-.

Es decir, que el/la progenitor/a han acrE.do los presupuestos ineludibles en orden a la procedencia de sus pretensiones que se integra con el costo del servicio educativo. Repárese que la empresa demandada no ha cuestionado la elección del centro educativo como irrazonable o caprichosa y tampoco ha sugerido menos aun acrE.do la existencia de otros establecimientos (públicos o privados) con vacantes disponibles en esta localidad.

Las omisiones señaladas son dirimentes en orden a la cuestión debatida. Más aún, debo señalar que de la prueba colectada en autos, también surge la necesidad de continuar en el establecimiento educativo al que concurre en función de sus especiales necesidades de desarrollo y su escasa adaptación al cambio.

Por lo tanto, fácil es colegir que con base en el mejor interés de L., corresponde hacer lugar a los agravios y ordenar –también- la cobertura integral del costo de la escuela privada a la cual ya concurre.

La solución que propugno es la que se ajusta a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en la materia. En efecto, el 27 de noviembre de 2012 en la causa “R.D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo” , falló adhiriendo al dictamen de la procuradora fiscal en el que se establece como estándar que cuando se encuentran implicados el derecho a la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con discapacidad -en el particular contexto del estatuto de

la discapacidad-, los padres solo deben acrE.r la condición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional; y la parte demandada debe probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio y demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna (Fallos:327:2413; 331:2135; y 332:1394)" (dictamen citado).

Incluso destacó que los progresos logrados por la persona afectada podrían desvanecerse de no continuar el proceso en curso (*cf*. A/HRC/4/29, parág. 10, 12, 25, 27, 40, 41, 84 "d", "e", "f" y "g"; Observación General N° 9, "Los derechos de los niños con discapacidad", parág. 27 y 33, citado en el dictamen de la Procuración General de la Nación, S.C.R. N° 104; L. XLVII del 16.03.2012)

Este criterio ha sido seguido por los tribunales inferiores, que han destacado: "negar una cobertura como la que aquí se solicita, resulta lesiva del derecho a la salud, en tanto importa desconocer el espíritu que anima la Ley 24901, que contempla la posibilidad de brindar educación especial en institutos de escolaridad común y de carácter privado. Y que a su vez, esta obligación tiene sustento jurídico en la Ley 23661, en cuanto establece entre los fines de las Obras Sociales, la provisión de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, en orden a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y jerarquía de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva, todo ello en el marco del Sistema aludido, cuyo propósito consiste en procurar el pleno

goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1°)" (*cf*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Buenos Aires, Sala III, en autos "V.M.N c/ OSDE s/ amparo", MJ-JU-M-82508-AR).

Por las razones expuestas es que propongo el acogimiento del recurso.

4. El recurso contra los honorarios regulados:

La resolución propuesta, en tanto modificatoria de la de primera instancia obliga al readecuación de los honorarios y torna abstracta la revisión propuesta.

5. Costas y honorarios:

Las costas de primera instancia se mantienen por cuanto no se ha modificado la calidad de vencido.

Los honorarios de primera instancia, teniendo en cuenta el tipo de proceso, labor desarrollada, éxito obtenido, la trascendencia jurídica, moral y económica para el representado, las disposiciones de los artículos 5, 6, 6 bis, 24, 40, 46 y 49 de la ley de aranceles y la escala prevista por el artículo 35 y los artículos citados precedentemente, se fijan para los Dres. M. G. B. I. y M. de la P. B. I., en 40 JUS con más la alícuota por IVA si correspondiere (arts. 5 a 7, 35 y 49 Ley XIII N° 4, modificada por la N° 15). Los de la Dra. T. E. P. se mantienen en 15 jus.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada por aplicación del principio general de la derrota.

Los honorarios de esta instancia correspondientes a la Dra. M. de la P. B. I. se establecen de conformidad con las pautas generales del artículo 5 y por aplicación de la escala del artículo 13 de la ley citada, en el 30% de los fijados en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Revocar el rechazo a la cobertura del costo del servicio educativo, conforme lo peticionado.

3) Costas de ambas instancias a la demandada. 4) Regular los honorarios del modo propuesto. A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 111/120vta., por la que se hace lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por C. A. M. y P. A. L., en representación de su hijo menor de edad L. R. M., bajo patrocinio letrado, por la que se hace lugar parcialmente a la acción de amparo y condena a la obra social G., a otorgarle en forma inmediata directa o de reintegros, la cobertura total e integral (100%) en la atención de la salud y conforme su patología, debiendo reconocer la totalidad de los gastos emergentes que señala en los incisos a) a g). Impone las costas a la demandada y regula honorarios de los profesionales intervinientes.

La accionante en la representación del niño ya señalada, se agravia de la negativa del fallo a ordenar se cubra el arancel del colegio privado elegido por los progenitores.

La sentencia se expide que no encuentra sustento en la causa para ordenar la cobertura, sin constancias de otras opciones educativas del mismo nivel para la satisfacción de los intereses educativos del niño; dictamen profesional de consecuencias gravosas que habría de acarrearle en la evolución de las terapias un cambio de establecimiento, que sí la afirman los testigos que un cambio no sería beneficioso. Con lo que concluye la sentencia que a lo solicitado respecto al módulo de integración escolar-costo educativo de escolaridad primaria, por no

fundamentos para ni
del resto de
la legislación especial aplicable a la materia, rechaza la petición.

Con los agravios ya señalados, se contrapone que la negativa no se ajusta a derecho, ya que los arts. 17 y 22 de la Ley 24091, establecen con toda claridad que a la persona discapacitada se le deben cubrir las prestaciones educativas de la escolaridad en todos sus tipos y que la "Educación general básica es el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años de edad aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio escolar común". Que acreditada la discapacidad, los elementos conyugan el derecho a las prestaciones y la justicia de la petición. Elabora la interpretación de la ley que estima corresponde, entendiendo que la prestación por la educación tanto se refiere a un establecimiento de educación común, como privado y a todo evento las limitaciones reglamentarias no son aplicables en la Provincia. Peticiona en definitiva se condene además al el pago de la prestación educativa.

A fs. 124, la abogada patrocinante en propio derecho apela la regulación de los honorarios y funda el recurso.

El tribunal concede los recursos a fs. 125, adoptando de oficio la sustanciación, contra lo expresamente previsto en la Ley de Amparo que no otorga plazo para la sustanciación de recurso contra la sentencia y sí solo la facultad a la contraparte de presentar un memorial ante la alzada el que es tenido en consideración siempre que ingrese antes del dictado de la sentencia. En el caso, la sustanciación dispuesta resulta irrelevante por falta de contestación del memorial, pero no puede pasar desapercibida para lo futuro, porque la ley de Amparo dispone un procedimiento propio para el memorial de la contraparte, todo materia del tribunal de alzada y por otra parte, resultar la

medida oficiosa del juzgado incompatible con el carácter sumarísimo del procedimiento.

Similar observación corresponde por la sustanciación que adopta y plazos concedidos respecto al recurso por honorarios.

Tratamiento del recurso:

Frente a los fundamentos del recurso, es evidente que la sentencia pasa asimismo sobre las definiciones que importan el respaldo a la sustancia jurídica de la acción intentada. Primero, aludiendo a los textos constitucionales de la Provincia y de la Nación y a las que agrega el bloque constitucional de la protección de las personas con discapacidad, la norma supranacional de eliminación de toda forma de discriminación de las personas con discapacidad y la infraconstitucional consecuente destinada a asegurar la protección integral de las personas discapacitadas.

Ello, hasta establecer que el ejercicio de los derechos constitucionales comprendidos, el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna y sí, por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser justificada. Tampoco desconoce que es el interés superior del niño, en el caso L. R. de 7 años de edad, el elemento de valor el que debe presidir la solución del caso.

Con tales elementos de juicio, los propios interrogantes que limitaron la respuesta integral favorable no pudieron ponerse en disfavor del protegido, desde que como lo señala mi colega preopinante, no se había cuestionado por la demandada como irrazonable la elección del centro educativo o el suministro por la misma de la existencia de otros centros educativos alternativos públicos o privados.

Por ello y la amplitud fundante de los elementos de hecho, jurídicos y precisa jurisprudencia citada por la Dra. Alonso, se ajusta a derecho hacer lugar a los agravios interpuestos en la medida del recurso.

Importando la revocatoria parcial del fallo, carece de virtualidad el pronunciamiento respecto a la apelación de honorarios de fs. 124/124vta., desde que se impone la readecuación de los mismos en lo que corresponda (art. 282 Ley XIII N° 5 del Digesto cit.).

Por imperio legal la imposición de las costas deben confirmarse (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico); atento a las normas arancelarias citadas y fundamentos valorativos para la mensura de los honorarios, conformo los propuestos para los profesionales intervinientes.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Corresponde el pronunciamiento propuesto por la Dra. Alonso que me preside en el presente acuerdo.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Revocar el rechazo a la cobertura del costo del servicio educativo, conforme lo peticionado.

3) Costas de ambas instancias a la demandada.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. M. G. B. I. y M. de la P.

B. I., conjuntamente, en cuarenta jus (40 JUS) y a la Dra. T. E. P. se mantienen en quince jus (15 JUS), en ambos casos más el IVA si correspondiera.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada la Dra. M. de la P. B. I. en el treinta por ciento (30%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara