En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana R. de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., G. O. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT s/ AMPARO", expte. nro. 452/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 152/10), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 270), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Marta Susana R. de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 243/250? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente caso por apelación deducida por la amparista contra la sentencia nro. 077/2010 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción (fs. 243/250, fs. 255/7).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por G. O. R. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Pcia. del Chubut (SEROS) y ordenó a la misma a prestar al amparista los recursos necesarios para completar las medidas y el tratamiento adecuado, tendiente a hacer efectivas las terapias de rehabilitación integral que requiere el menor A. O. R. (DNI ******), discapacitado según condición acreditada en dicha instancia,

asumiendo la accionada todos los costos incluidos los honorarios de los profesionales y todos los gastos devengados o a devengar con motivo de su afección discapacitante, detallando, no fijó plazo de cumplimiento pues, dadas las particularidades del caso, depende de las condiciones psicofísicas del menor para recibir nuevas terapias.

Se alza contra la sentencia de grado el actor (fs. 255/7) por cuanto el A quo no le hizo lugar a todos los puntos de la demanda omitiendo puntos fundamentales de la pretensión vulnerando de tal manera garantías constitucionales como el debido proceso.

El fallo no modifica el antijurídico mecanismo de cobertura que está utilizando la obra social renuente, confirmando el desamparo del menor discapacitado.

En el capítulo que denomina “los vicios del fallo” relata que peticionó que la obra social cesara su conducta antijurídica, que cubriera en un 100% el costo de las prestaciones que necesite el menor A. O. R. en concepto de tratamiento para su incapacidad, que brindara y cubriera por sus propios medios, en el futuro y mientras dure la incapacidad el costo de tratamiento del niño dejando así sin efecto el sistema de contratación particular y reintegro contra la acreditación de pago y aceptación de tratamiento, que ha impuesto el ISS y S a su representado para ciertas prestaciones.

No resolvió el último punto, el cambio de mecanismo, la obra social brinda cobertura por reintegro lo que ocurre semanas y/o meses después.

Hace referencia a lo dispuesto en la ley de prestaciones básicas de habilitación y

rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad 24091, artículos 2 y 6.

En la condena habla el juez de dinero y condena a cubrir los gastos pero no se expide respecto del sistema.

Relata que el padre -trabajador del estado provincial- es obligado a pagar directamente el tratamiento del hijo y esperar el reintegro, perjudicando la situación patrimonial económica hogareña.

Solicita que se dé cumplimiento íntegro a la ley 24091.

Análisis:

Se ha dicho que no procede la apelación de los fundamentos de la sentencia, sino la parte dispositiva. No obstante la motivación del fallo puede perjudicar a los justiciables, haciendo procedente el recurso, pues al adquirir firmeza el decisorio implícitamente también pasan a autoridad de cosa juzgada las razones. Cabe la apelación cuando los considerandos presentan directivas enderezadas a orientar el cumplimiento de la sentencia, integrando así la parte dispositiva implícitamente (ver Fenochietto, E., "Cód. Proc…", t. 2, pág. 18/9).

Ahora bien en la especie, los considerandos son reflejados íntegramente por la parte dispositiva del fallo, considero que hace viable la apelación interpuesta y que más aún existió una omisión de expedirse, toda vez que al inicio de la sentencia venida en crisis el juez reconoce el reclamo del amparista en su integralidad, ciñéndolo luego parcialmente al cumplimiento de los servicios y al pago sin atender el mecanismo peticionado.

De la lectura de los fundamentos del fallo venido en crisis emerge que el juez de grado con congruencia abordó el tema merituando los elementos fácticos y jurídicos planteados y necesarios para resolver la causa lo que no fuera a la postre reflejado en el decisorio en tal sentido me remito a fs. 248vta. en que el A quo dispone que se brinden los servicios por sistema de reintegro.

No hubo omisión u apartamiento de las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas por la parte y que constituyeron el objeto de la litis, por lo cual corresponde entender que el apelante se queja por el rechazo del pedido formulado respecto de la forma en que las prestaciones médicas habrán de brindarse.

Llegó firme a esta Alzada y es revisable la circunstancia dispuesta que la obra social debe brindar al niño la atención requerida, resultando que el modo previsto para la misma fuera el planteado por el amparista, que le sean cubiertas las prestaciones.

Por lo demás, no es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que "... los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos" (cf. Corte Suprema, in re "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional" -Fallo en extenso: elDial -AA2179-, del 15-6-04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122).

Bajo esta premisas me retrotraeré al inicio del pleito y el objeto del reclamo, ya que es veraz y llegó firme a esta Alzada la condena a SEROS de otorgar al menor A. O. R. la prestación asistencial integral adecuada en la contingencia, con cobertura total de gastos de tratamiento integral de rehabilitación adecuado a las condiciones del menor, en el carácter de discapacitado, asumiendo la accionada todos los costos, incluyendo honorarios profesionales, y todo otro gasto que devengue con motivo de su afección discapacitante en especial, la relativa al Servicio de Apoyo a la integración escolar la servicio de psicopedagogía, acompañante terapéutico, maestra de integración escolar y musicoterapeuta, según emerge de fs. 249vta.

En forma preliminar dejaré sentando el criterio del Superior Tribunal de nuestra provincia respecto de la competencia de la obra social demandada, decisorio que comparto además de seguir sus lineamientos en el entendimiento que como señalara la demanda en su libelo de conteste, es una obra social sostenida por el aporte de los afiliados y que le comprende lo dispuesto en las normas 23660 y 23661.

Segundo ministro votante Dr. Passuti en Sentencia Definitiva nro. 3/SER/2010: "En amparos promovidos contra empresas de medicina prepaga, cuyo objeto era la cobertura económica… la CSJN advirtió que encontrándose demandada una obra social comprendida en los términos de los artículos 1° de la Ley N° 23660 y 2°, segundo párrafo, de la Ley N° 23661, resulta aplicable el artículo 38 de esta última norma, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia

ordinaria sólo cuando fueran actores (CSJN, "Crova, María Gabriela y otro c/ Organización de Servicios Directos Empresarios –OSDE- s/ amparo", 25/08/09, expte. C. 244. XLV; en igual sentido "Rodríguez, Guillermo Oscar y Cadenas, Gisela Noelia c/ Consolidar Salud SA (hoy perteneciente al Grupo Omint) s/ amparo – medida cautelar", 25/08/09, expte. C. 252. XLV; dictamen de la Procuración General de la Nación en "Pesce, Luciano Carlos A. y otra c/ Swiss Medical SA s/ amparo", expte. C. 348. XLV, con cita de Fallos, 328:1600 y 329:4414).

En los autos "K., J. c/ S. M. SA s/ amparo", Fallos, 328:4095, del 25/11/05, mantuvo el criterio sostenido in re "W., R. B. c/ O. S. A. s/ amparo", Fallos, 326:3535, del 16/09/03, oportunidad en la que declaró la competencia del fuero federal, por encontrarse en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia, para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al establecer la prestación médica obligatoria, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos, en razón de que la Ley 24754 hizo extensivas las prestaciones básicas implementadas por las Leyes N° 23660, 23661 y sus reglamentaciones, a las prestadoras privadas. En la primera de las causas mencionadas insistió en que la materia compromete el estudio de preceptos con influencia decisiva respecto de cuestiones concernientes a la "estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos".

Con igual criterio se pronunció el

17/05/05, en “Elserser, Oscar Alfredo y otro c/ OSEPJANA SRL s/ amparo”, expte. C. 1767. XL.

Se trata de un supuesto de competencia federal en razón de la materia (Silvia B. Palacio de Caeiro, “Competencia Federal Civil-Penal”, La Ley, Buenos Aires, 1999, pág. 202 y ssgts.) y el contenido de la pretensión deducida, cobertura integral de una prestación no contemplada por el Plan Médico Obligatorio, compromete un debate que afecta la planificación de prestaciones médico-asistenciales que regulan las leyes de Obras Sociales y del Sistema Nacional del Seguro de Salud (N° 23660 y 23661), lo que involucra la estructura del sistema de salud y, en el caso, pertenece a la órbita federal.

Sin perjuicio de lo expuesto, dado que la demandada no mantuvo ante este Superior Tribunal la cuestión de competencia introducida en las instancias previas y que estamos en presencia de una acción de amparo, tramitada por completo, en la que se discute un tema vinculado con el derecho a la salud, coincido con el Dr. Royer en que, en el caso, corresponde seguir el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Federico, Irma Iris s/ acción de amparo c/ Unión Personal”, Fallos, 330:625, luego reiterado in re “Pechini, Dane Pío c/ Femédica Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. s/ amparo”, Fallos, 330:801.

Nuestro máximo Tribunal Nacional advirtió allí que, de una interpretación armónica de las pautas previstas en los artículos 4°, 10 y 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -las que son análogas al rito Provincial-, la resolución del tribunal de alzada local, en cuanto se declara de

oficio incompetente, deviene extemporánea, toda vez que, según se desprende de las constancias de autos, dicha decisión fue adoptada luego de haber recaído sentencia de Primera Instancia que pone fin al proceso y sin que el tema de competencia haya sido objeto de agravios por el recurrente. En tal sentido, V.E. tiene reiteradamente dicho que las contiendas de competencia no pueden prosperar después de dictado tal acto procesal (ver doctrina de Fallos, 302:101 y jurisprudencia emanada en el precedente "Rezk", publicada en Fallos, 324:2493).

Analizó que si bien era cierto que las cuestiones discutidas en la causa guardaban sustancial analogía con las debatidas en el precedente "K.", por tratarse de una materia propia de la justicia federal, no era menos cierto que, sumado a las particularidades procesales reseñadas en el párrafo precedente, el reenvío de la causa al fuero federal, importaría someter cuestiones ya consideradas y decididas en el ámbito de otro tribunal (doctrina de Fallos, 301:514, entre otros). Tal situación generaría, además, un evidente retardo injustificado en el trámite de las actuaciones, las que por su naturaleza deben tener un trámite abreviado atendiendo a los derechos que se intentan proteger, y afectan el principio de seguridad y economía procesal (ver autos: "Pechini Dante Pío c/ FEMEDICA –Federación Gremial Médica de la Cap. Fed. s/ amparo". S. C. comp. 902, L. XLII, dictamen del 27 de septiembre de 2006).

Análogo criterio expresa el Procurador General de la Provincia en el ap. V de su dictamen, en el que, si bien advierte la competencia en razón de la materia de la Justicia Federal, descarta una

declaración en tal sentido atento al avance del trámite, la naturaleza de los derechos involucrados y dado la falta de introducción de la cuestión en esta instancia por parte de S. M. SA.

En síntesis, a la luz de las circunstancias ya puntualizadas del proceso -sus características, grado de avance, derechos involucrados y la falta de sostenimiento del planteo de incompetencia ante este Superior Tribunal-, coincido con el Dr. Royer en que resultaría a esta altura inoportuno, por extemporáneo, declarar la incompetencia de la justicia Provincial para entender en la materia en debate, razón ésta por la que entiendo corresponde ingresar en el análisis del recurso interpuesto y de la cuestión de fondo planteada. ASÍ LO VOTO".

Advierto que en la especie ninguna de las partes cuestionó la competencia, dejando aclarado que considero que correspondía intervenir a la justicia federal, reitero he de seguir los lineamientos del máximo tribunal de nuestra provincia.

Dicho esto y ya firme la condena dispuesta en términos en la instancia de grado que hizo lugar al amparo interpuesto por G. O. R. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), ordenando prestar al amparista los recursos necesarios para completar las medidas y el tratamiento adecuado, tendientes a hacer efectivas las terapias de rehabilitación integral que requiere el menor A. O. R., en su condición de discapacitado, según certificado de discapacidad del 11-12-2009 expedido por la junta Evaluadora del Ministerio de Salud de la Pcia. del Chubut, asumiendo la accionada todos los costos, incluidos los honorarios profesionales y todo otro

gasto devengado o a devengar con motivo de su afección discapacitante, en especial, la relativa al Servicio de Psicopedagoga, acompañante terapéutico, maestra para la integración escolar y musicoterapeuta. No fijó plazo para el cumplimiento, pues dadas las particularidades del caso, depende de las condiciones psicofísicas, en que se encuentre el menor para recibir las terapias de rehabilitación que por esa sentencia se ordenaron.

Contra esta decisión el amparista dice que no se expidió sobre el cambio de mecanismo de contratación y pago de los servicios que integran el tratamiento del niño (sic, fs. 255vta. 256). Recuerda que en escrito de inicio dejó aclarado que la obra social impone la contratación de los profesionales por parte del afiliado, en el caso el padre del niño y el posterior reembolso. En su respaldo cita lo establecido por la ley 24091, que por otra parte no fue desconocida por el A quo quien dispuso en su condena el pago y cobertura de todas aquellas prestaciones necesarias. Interpreta el quejoso que la ley quiso eximir del pago al afiliado. Así es y fue recepcionado en el fallo venido en crisis. Dice que en nada modifica el sistema de reintegro.

Se equivoca el apelante porque de la lectura íntegra de la sentencia como señalara al inicio del presente, el juez a quo específicamente hizo referencia al sistema de reintegro de todos los gastos por los servicios, términos de los considerandos y/o fundamentos que no volcó en su dispositivo.

Hace referencia el recurrente que por la situación de las obras sociales que no cubren espontáneamente el tratamiento los afiliados se ven obligados a recurrir al poder judicial, diciendo que el

juez traslada al discapacitado el costo.

Ahora bien, radica en ello en el sistema o forma que considera el apelante deben cubrirse los gastos que genere, porque no es holgado recordar que ya fue condenada la obra social a cubrir todos los servicios y/o prestaciones incluso los honorarios profesionales que se generen desde la medida cautelar confirmada por la sentencia de amparo y para el futuro conforme las necesidades del adolescente A. R..

Al incoar demanda dice que peligra la continuidad del tratamiento por cuanto dado que el servicio de psicopedagoga acompañante terapéutico por el importe que deben abonar que va en aumento. Ello receptado en la sentencia, que previamente por medida cautelar a la que hizo lugar dispuso otorgue la inmediata prestación asistencial, con cobertura total de gastos en especial la relativa al servicio de apoyo a la integración escolar (fs. 83). Denunciado el incumplimiento a fs. 106 se ordenó el cumplimiento bajo apercibimiento de una multa diaria.

Lo que se advierte de la lectura integra del pedido de la parte actora, como las constancias probatorias son las necesidades del menor, cuya cobertura y pago a costa de la obra social fue ordenada e incluso una condena a futuro, ahora bien, el apelante pide un cambio de sistema, que no sea por reintegro, pero no brinda una mínima opción el demandante de cómo se cubrirían los distintos servicios pretendidos, e incluso aquellos que son para futuro que irán modificándose a medida que transcurra el tiempo evolucione la situación de salud del adolescente de los cuales el juez de grado se ocupó con la oportuna condena.

Se ignora el alcance de la petición, en punto al modo, toda vez que no lo detalló al demandar, por lo que considero no puede accederse a un adelanto de dinero para el pago de los honorarios de los profesionales, ni tampoco que ellos, es decir los distintos profesionales, se presenten en la obra social para su pago, pretendiendo se imponga sobre terceros ajenos una condena por ejemplo, de hacer, que concurran los profesionales de la salud a cobrar sus honorarios a la obra social, ello teniendo en cuenta que estos no son dependientes de la demandada. Se probó el tipo de atención que requería el menor, la que fuera brindada la pendiente hasta la decisión definitiva. Por lo cual considero que la sentencia que dispuso el pago integro pero por sistema de reintegro se ajustó a la realidad fáctica planteada por el amparista apelante –requisito esencial de congruencia-. La CSJN ha señalado que no resulta necesaria en esta etapa introductoria del proceso la descripción de todos los hechos pero ese deber procesal es inequívocamente exigible respecto de aquellos presupuestos fácticos que constituyen los elementos esenciales de la relación jurídica invocada, respecto de los cuales el juez no puede sustituir la actividad de la parte , ni resultar de la prueba a producirse (Carlo Carli, La demanda civil, Lex, La Plata1980; Diaz, Clemente Al La exposición de los hecho es la demanda en La Ley, t. 83, Pág. 839). Estos hechos deben ser afirmados y narrados en forma total, integra, sin retaceos ni reticencias (ver Guillermo Jorge Enderle, “La Congruencia Procesal”, pág. 31 -CSJN 29-8-2006 cita- ed. Rubinzal-Culzoni Ed. 2007).

Siguiendo la misma doctrina agrego que “por regla, la iniciativa en el ingreso de los

presupuestos fácticos incumbe a las partes, por lo que el juez no podrá hacer mérito en su decisión de hechos esenciales no afirmados, salvo que no tengan ese carácter, hechos secundarios o accesorios y sobrevinientes que se exterioricen por las pruebas producidas, o que exista un interés social comprometido (autor y ob. citada, pág. 33).

Una buena técnica en la redacción del escrito inaugural conduce a que se de cumplimiento a la teoría de la sustanciación y la flexibilización, así permite a los jueces respetar el principio de congruencia (ver ob. cit., pág. 32).

Existe una omisión total sobre el modo y la forma en que se implementaría el pago directo que pretendido por el amparista, no solo por la diversidad de profesionales, sino también por la mutación que puede generar el tratamiento. Por ejemplo, el servicio de asistente escolar, en principio se requeriría por el periodo de clases, o aun más, es una de las imprecisiones que se advierten. Ahora bien, podría admitirse, una forma en que este pago directo operaría, por un sistema de adelantos, previa determinación del monto.

La imprecisión en demasía de la demanda obliga a hacer interpretaciones que en atención al particular tema traído a estrados, la prioridad del niño y la salud como detallan los distintos tratados y normas mencionadas por el quejoso y el juez A quo, inhiben el rechazo in totum del agravio. Por lo demás, no es ocioso recordar lo dicho por el Alto Tribunal que detallé párrafos precedentes.

Si bien se ha probado que el padre del adolescente discapacitado es un trabajador, y no es

escollo destacar que “Debe tenerse en especial miramiento, de un lado, que la atención y asistencia integral de la discapacidad, como se ha explicitado en las leyes antes referidas y en jurisprudencia de V. E. que pone énfasis en los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (v. doctrina de Fallos: 323:3229;; 324:3569, entre otros), constituye una política pública de nuestro país; y de otro, que lo decidido compromete el interés superior de un discapacitado, que la Convención sobre los Derechos del Niño -con quienes en este aspecto corresponde equiparar-, encarece su tutela elevando su "interés superior" al rango de principio (v. Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:2388; 324:112, entre muchos otros). (Del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, compartido por la CSJN); citar: elDial. com - AA49AF.

Por estos motivos atenderé el recurso de apelación parcialmente, ordenando agregar a la parte dispositiva de la sentencia venida en crisis que la demandada esta obligada a arbitrar los medios necesarios para dar el reintegro de los gastos practicados y que efectúe el amparista en el término de 48 h de acreditada ante la obra social el pago de los mismos y/o el adelanto previa presentación por parte del representante del adolescente, de los presupuestos en el mismo lapso de los distintos profesionales y servicios con la posterior acreditación del recibo del pago efectuado.

Además de lo expuesto propongo que las costas sean soportadas por orden causado conforme lo decidido que fuera parcialmente receptado el agravio del accionante y por las razones brindadas.

A la segunda cuestión la Dra. García

Blanco dijo:

1. Confirmar parcialmente la sentencia venida en crisis, receptando de modo parcial el agravio, según los considerandos respectivos.

2. Agregar a la sentencia venida en crisis en el resolutorio primero que la demandada está obligada a arbitrar los medios necesarios para dar el reintegro de los gastos practicados y que efectúe el amparista en razón de los tratamientos condenados en el término de 48 h de acreditada ante la obra social el pago de los mismos y/o el adelanto previa presentación por parte del representante del adolescente, de los presupuestos en el mismo lapso de los distintos profesionales y servicios con la posterior acreditación del recibo del pago efectuado.

3. Costas de la Alzada por orden causado, según considerando respectivo.

4. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que, a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs.255/257vta. expresa agravios la parte amparista actora, corrido traslado a la Sra.

Asesora Civil de Familia e Incapaces a fs. 263, la misma contesta a fs. 264 ratificando en todos sus términos el dictamen y sus fundamentos glosados a fs. 238/241.

I.B) Después de un exhaustiva confrontación entre lo analizado por el a-quo en los considerandos 8vo. a 11ero. (fs. 248vta./249vtas.) y lo ordenado en el pto. 1ero. del fallo sentencia de fs. 249vta./250 con los términos del agravio expuesto por el amparista apelante, advierto que su planteamiento encuadra dentro del art. 281 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico – (Dres. Roland Arazi – Jorge A. Rojas en su obra "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", 2da. Edición Actualizada, T.II, pág. 1012, edit. Rubinzal – Culzoni, enero 2007; cf. crit. Morello- Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 428).

Ello es así, ya que no hace sino afirmar un sano principio de economía procesal frente a un mal entendido régimen de instancia doble que ni concierne a la garantía constitucional de la defensa en juicio ni reclama que el mismo tema haya sido efectivamente materia de dos exámenes sucesivos.

La obligación que las Obras Sociales tienen con sus afiliados, debe ser satisfecha de manera total o integral. Con relación a las prestaciones y contrataciones de profesionales para la rehabilitación, control del hijo del beneficiario aquí amparista, la obligación de cobertura integral de la demandada surge de lo dispuesto por el art. 39 en concordancia con el art. 11 de la ley 24901.

Más aún cuando no consta en autos que

ésta en algún momento haya indicado a la amparista los establecimientos donde pudiera efectuar los estudios a costa de ella, obligación que no puede declinar por cuanto ese ha sido el interés del legislador según se desprende de la lectura de la Ley nro. 23.660 – Obras Sociales – BO 20/01/89, art. 3ero. 9no. a), 14, 1er. párr. y Ley nro. 23661 - Sistema Nacional del Seguro de Salud –B.O. 20/01/89, en cuanto a los sujetos beneficiarios y las obligaciones que hacia ellos tienen: art. 5to. inc. a); art. 27 "las que deberán asegurar a sus beneficiarios servicios accesibles, suficientes y oportunos"; art. 28: "las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente , dentro de las cuales deberán incluírse todas aquéllas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran". También tengo en cuenta y considero de aplicación en autos, lo prescripto por el art. 6° de la ley 24901 que dispone que los entes obligados por la presente ley brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados y también, la obligación que las Obras Sociales tienen con sus afiliados, de satisfacerlas de manera total o integral, implicando clara e indudablemente que con relación a las prestaciones y contrataciones de profesionales para la rehabilitación, control del hijo del beneficiario, la obligación de cobertura debe ser integralmente cumplida por la demandada ,surgiendo esto claramente de lo dispuesto por el art. 39 en concordancia con el art. 11 de la ley 24901.

Por las razones precedentemente expuestas, arribo a la convicción de hacer lugar a los

agravios del amparista apelante expuesto a fs. 225//257vta. y, en consecuencia, ampliar el fallo de primera instancia condenando a la demandada Obra Social, además de lo dispuesto por el a -quo a lo solicitado por el apelante, es decir, que la misma deberá brindar y cubrir por sus propios medios y por el tiempo que fuera necesario de acuerdo a la discapacidad del hijo del amparista – A. O. R., DNI nro. ********, el costo del tratamiento, asumiendo la contratación directa de los profesionales necesarios para efectuar el mismo así como el pago de los honorarios profesionales, medicamentos y toda otra contingencia médica y/o terapeútica y/o psicológica que pudiera emerger como consecuencia de la discapacidad del menor, sin poder imponer al amparista Sr. G. O. R., DNI nro. ******, la obligación de contratar en forma particular a los galenos y/u otros profesionales especializados en dicha discapacidad y abonarles sus honorarios para después ella reintegrarle los mismos.

I.C) Atento a lo resuelto en este voto y teniendo presente el principio objetivo de derrota (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A), las costas de esta instancia son impuestas a la demandada vencida. Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6 y 14 Ley nro. 2.200) –Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en el

caso de coincidir en la decisión del presente caso, la siguiente:

1) Hacer lugar a los agravios del amparista apelante expuestos a fs. 225/257vta. y, en consecuencia, ampliar el fallo de primera instancia en su pto. 1ero. condenando a la demandada obra social, además de lo dispuesto por el a-quo, a brindar y cubrir por sus propios medios y por el tiempo que fuera necesario de acuerdo a la discapacidad del hijo del amparista –A. O. R., DNI nro. *******-, el costo del tratamiento, asumiendo la contratación directa de los profesionales necesarios para efectuar el mismo así como el pago de los honorarios profesionales, medicamentos y toda otra contingencia médica y/o terapéutica y/o psicológica que pudiera emerger como consecuencia de la discapacidad del menor, sin poder imponer al amparista Sr. G. O. R., DNI nro. *******, la obligación de contratar en forma particular a los galenos y/u otros profesionales especializados en dicha discapacidad abonarles sus honorarios profesionales para después ella reintegrarle los mismos.

2) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A). Diferir la regulación de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo, (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6 y 14 Ley nro. 2.200) – Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-.

A la primera cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana R. de Roberts dijo:

El Sr. juez de la instancia de grado, hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por G. O. R. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de

la Provincia del Chubut (SEROS) y ordenó a la condenada a prestar al amparista, los recursos necesarios para completar las medidas y tratamiento adecuado, tendientes a hacer efectivas las terapias de rehabilitación integral que requiere el niño A.O.R., asumiendo la accionada todos los costos, incluidos los honorarios profesionales y todo otro gasto devengado o a devengar con motivo de la afección discapacitante, en especial, la relativa al servicio de psicopedagoga, acompañante terapéutico, maestro para la integración escolar y musicoterapeuta. No fijó plazo de cumplimiento, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios.

Tal decisión por entender el actor que no dio respuesta a todas sus pretensiones es motivo de apelación.

Sostiene que de todo lo peticionado en la demanda, omitió el sentenciante pronunciarse sobre el cambio en el mecanismo de contratación y pago de los servicios que integran el tratamiento del niño discapacitado.

Señala que la accionada no sólo asume una conducta antijurídica al no costear íntegramente el tratamiento de A.O.R., sino también al imponerle al afiliado que realice personalmente las contrataciones de los profesionales de la salud que necesita para el tratamiento de la discapacidad por prescripción médica, como que abone de su peculio los honorarios de aquellos profesionales, brindando cobertura por reintegro.

Alude a disposiciones legales y relata que la sentencia condena sólo a cubrir gastos, y en nada modifica el ilegal sistema de cobertura por reintegro impuesto por SEROS.

Se refiere al estado de las obras sociales, a la precaria situación del ISSyS, la situación concreta del menor y de su padre, de allí que solicita el pronunciamiento sobre lo omitido y condene a la accionada al íntegro cumplimiento de la ley 24901.

En primer lugar, cabe destacar que no está discutida en el "sub lite" la condición de discapacitado del menor -cf. copia certificada de fs. 5 a 23, 68, 71, ni la necesidad de los tratamientos requeridos.

Más la demandada no ha controvertido la decisión del sentenciante de ordenar al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut a prestar al amparista, los recursos necesarios para completar las medidas y el tratamiento adecuado, tendientes a hacer efectivas las terapias de rehabilitación integral que requiere el niño A.O.R., asumiendo la accionada todos los costos, incluidos, honorarios profesionales y todo otro gasto devengado o a devengar con motivo de su afección discapacitante, en especial, la relativa al servicio de psicopedagoga, acompañante terapeútico, maestro para la integración escolar y musicoterapeuta.

Tampoco se cuestionó la competencia.

Está en debate, en cambio, la obligación de la obra social de proveer tales prestaciones, dejando sin efecto el sistema de contratación particular e reintegro contra acreditación de pago y aceptación de tratamiento, que solicitara en la demanda, petición sobre la que el sentenciante no se expidió, sin perjuicio de establecer que la acción prospera contra la demandada y hacer lugar a la acción de amparo interpuesta.

Es importante puntualizar que la ley 24901 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).

En lo concerniente a las obras sociales, dispone que tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2).

Entre estas prestaciones se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15); terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); y asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18). Además, la ley 24901 contempla la prestación de servicios específicos, enumerados al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19). También establece prestaciones complementarias (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 35); atención psiquiátrica y tratamientos

psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados en el art. 38; estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b).

La amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (ver arg. arts. 11, 15, 23 y 33).

El art. 3 de la ley 25415, a la que adhiriera la provincia por Ley I N° 322, Anexo "A", antes 5594, establece que las obras sociales y asociaciones de obras sociales regidas por leyes nacionales deberán brindar obligatoriamente las prestaciones establecidas en esta ley, las que quedan incorporadas de pleno derecho al Programa médico obligatorio dispuesto por resolución 939/2000 del Ministerio de Salud, incluyendo la provisión de audífonos y prótesis auditivas así como rehabilitación fonoaudiológica (subrayado propio). Asimismo, Domínguez, Fama y Herrera, en "Ley de Protección Integral", nos dice y se comparte que el derecho a la salud es un derecho social básico que titularizan todas las personas e integra el concepto de políticas públicas universales. Pero en el campo de los derechos del niño requiere ciertas particularidades, las que se ven reflejadas tanto en la CDN como en la ley 23661.

Y partir de la reforma constitucional, el derecho a la salud ha pasado a integrar la amplia nómina de derechos humanos que se han vuelto explícitos, dado el reconocimiento en pactos y convenciones internacionales. Consagración

constitucional a decir de los autores en obra mencionada, pág. 267, que se vio reforzada respecto de los niños y adolescentes mediante el art. 14 en cuanto determinan la obligación estadual de prestar, entre otras, programas de asistencia integral, rehabilitación e integración, lo que se complementa con lo que dispone el art. 28 en cuanto reconoce el derecho de niños, niñas y adolescentes de acceder a los servicios sanitarios en igualdad de oportunidades.

Por su parte la Constitución Provincial, se refiere a tales derechos en los arts. 72 y 73, haciendo expresa mención en el Capítulo II, Derechos Sociales, art. 30; a la discapacidad: "La familia, la sociedad y el Estado tiene a su cargo la protección integral de las personas discapacitadas. Dicha protección abarca la prevención, asistencia, rehabilitación, capacitación, inserción a la vida social, en cuanto interesa en autos.

Del mismo modo, la ley prevé en su art. 10 que el Estado asegurará la plena aplicación del derecho a la salud y adoptará las medidas apropiadas para, b) asegurar la prestación de la atención integral de la salud a todos los niños y adolescentes, asignando recursos con criterio de equidad.

Y tales disposiciones nacionales, internacionales y provinciales, serían letra muerta si no se permitiera al actor gozar en tiempo oportuno de las prestaciones de la obra social.

El informe de fs. 209/210vta. muestra la realidad económica, social, ocupacional de la familia R., resultando trascendente para la admisión de los agravios, lo consignado por la profesional, "Si bien cuenta con una ocupación estable(en referencia al padre

del niño), los ingresos que percibe no le alcanzan para cubrir las necesidades integrales de su familia".

Reintegrar gastos en estas condiciones es impedir que se cumpla con los artículos 1 y 2 de la ley 24091, con el resto de los principios e incluso con la decisión del sentenciante, atento lo que ya detallara del informe del Servicio Social, y de donde también surge que la modalidad de reintegro impacta considerablemente en la economía familiar.

Pretender desde la estructura burocrática de la obra social, agregar a las preocupaciones, quehaceres y problemas propios que aquejan a la familia de niño, que sean ellos quienes asuman el costo de la totalidad de los gastos y luego de un penoso y largo trámite, como nos tiene acostumbrados, la obra social SEROS, lo que es público y notorio, de allí que lo consigne, para luego reintegrar una parte, no sólo impiden como ya lo señalara, sino que desnaturaliza la obligación asistencial que asumió la obra social por delegación del estado provincial.

La admisión de las pretensiones del quejoso, y teniendo en cuenta los informes médicos, y la situación de la familia del niño, considero que es la que mejor da respuesta a los derechos que se pretenden proteger y que fueran reconocidos por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 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). "Es válido traer a colación que la Convención sobre los Derechos del Niño, encarece su

tutela elevando el "interés superior" de los infantes al rango de principio (cf. Corte Suprema, Fallos 318:1269; 322:2701; 323:2388; 324:112, entre muchos otros)" - S.E. c/ OSPERYH s/ amparo. C.N.A.C.yC. FEDERAL. Sala I, junio de 2007.MJJ13174-.

De acuerdo a los argumentos dados y teniendo presente los fundamentos de la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, que comparto, deberá el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, con la celeridad del caso y a fin de no interrumpir el tratamiento y evitar retrocesos en los logros alcanzados por el menor, arbitrar los medios a fin de durante el tiempo en que dure la incapacidad fe A.O.R., brinde y cubra por sus propios medios el costo de todos los tratamientos que fijara el Juez de la instancia de grado, dejando sin efecto el sistema de contratación por parte del peticionante y su posterior reintegro.

Las costas al demandado vencido.

A fin de regular los honorarios del profesional, tendré presente su labor, el resultado obtenido, y demás pautas de los artículos 6 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana R. de Roberts dijo:

Que hace propia la fórmula decisoria de la Dra. Melero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar a los agravios del amparista apelante expuestos a fs. 225/257vta. y, en consecuencia, ampliar el fallo de primera instancia en

su pto. 1ero. condenando a la demandada obra social, además de lo dispuesto por el a-quo, a brindar y cubrir por sus propios medios y por el tiempo que fuera necesario de acuerdo a la discapacidad del hijo del amparista –A. O. R., DNI nro. *******-, el costo del tratamiento, asumiendo la contratación directa de los profesionales necesarios para efectuar el mismo así como el pago de los honorarios profesionales, medicamentos y toda otra contingencia médica y/o terapéutica y/o psicológica que pudiera emerger como consecuencia de la discapacidad del menor, sin poder imponer al amparista Sr. G. O. R., DNI nro. *******, la obligación de contratar en forma particular a los galenos y/u otros profesionales especializados en dicha discapacidad abonarles sus honorarios profesionales para después ella reintegrarle los mismos.

2) Imponer las costas de esta instancia son a la demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. I. A. V. en la suma de DOS MIL PESOS ($2.000).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"