000295/2014

Comodoro Rivadavia, de julio de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"A., M. V. c/ I. D S. S. Y S. D L P. D C. (obra social SEROS) s/ Acción de Amparo (Legajo de copias art. 252 CPCCH)" Expte. N° 295/2014**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia No.1 (Expte N°377/2014), por haber interpuesto y fundado la demandada a fs.123/126, recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria N° 38/2014, de fs.106/112, que hace lugar a la medida cautelar requerida por la actora. Concedido el recurso a fs.127, se elevan las actuaciones a la Alzada.

I.- En primer lugar plantea la incompetencia en los términos del art. 24, segundo párrafo de la ley 23660 y art. 2, segundo párrafo y 38 de la Ley 23.661 a los fines que no se tenga por consentida la misma con el recurso de apelación que se interpone.

Se agravia la recurrente porque a su entender, la jueza confunde el valor que fija el aspirante a prestador con los valores que las obras sociales están obligadas a abonar en el marco del sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y los valores que estipula el respectivo nomenclador de prestaciones. Sostiene que conforme el plexo normativo (ley 24.901, su decreto reglamentario N°1193/98 y las Resoluciones del Ministerio de Salud N°44/2004, N°789/2009 y N°1859/2013 entre otras) la medida cautelar decretada en autos le permitirá a la accionante enriquecerse sin causa, por cuanto percibirá la suma de $9000, cuando

por resolución N° 1859/13 corresponde abonar mensualmente $3.257,45 en concepto de maestro de apoyo en los términos del nomenclador de prestaciones básicas. Expresa que se la está obligando a abonar honorarios a una persona por realizar una supuesta tarea de maestro de apoyo, cuando no acreditó el cumplimiento de las tareas que obligatoriamente detalla la Resolución del Ministerio de Salud N° 44/2004; tampoco se encuentra inscripta en el registro nacional de prestadores (Resolución Ministerio de Salud N°789/2009), ni cumple mínimamente con el marco básico de organización y funcionamiento establecido mediante la Resolución del Ministerio de Salud N°44/2004 punto 4.4 y concordantes, lo que le impide verificar la aptitud del aspirante, como así también la vigencia de las habilitaciones que le dan sustento. Además, la resolución establece los requisitos necesarios para poder ser prestadores de servicios a las personas con discapacidad, los que al día de la fecha la Sra. C. no cumplimentó. Destaca que de la Resolución 44/2004 surge que la obligación de la prestación no está en cabeza de la obra social ya que se trata de prestaciones relativas a la educación resorte exclusivo del Ministerio de Educación de la provincia del Chubut, que en su caso deberá ser citado a los fines de integrar la litis. Concluye que de las constancias acompañadas por la accionante, no se desprende que se haya realizado una evaluación de la menor y menos aún se haya desarrollado un proyecto institucional articulado y coordinado específicamente. Además no se acredita que la Sra. C. tenga la profesión que requiere la normativa. Hace reserva del caso federal.

A fs.139/142, la actora contesta los

agravios y por los fundamentos expuestos en su memorial, que por razones de brevedad se tienen por reproducidos, solicita se declare desierto el recurso interpuesto o bien se lo rechace en su totalidad y se confirme la resolución de grado con costas.

II.- De las constancias del expediente surge que a fs. 90/104vta., la actora interpone acción de amparo contra el I. D S. S. Y S. D L P. D C. (–en adelante ISSYS- obra social SEROS), a fin de que condene a la accionada a brindar integral y total (al 100%) cobertura de la prestación de acompañante terapéutico de lunes a viernes en horario escolar, indicada médicamente y por el equipo interdisciplinario que asiste a la niña. Las prestaciones las enumera a fs.90 y vta.

Como medida cautelar, solicita la cobertura inmediata al 100% del costo de la prestación de acompañante terapéutico, cobertura que consiste en: 1) El pago del monto que cobra la actual acompañante terapéutica que asiste a la niña, A. P. C., equivalente a $9.000 mensuales, contra entrega de la factura mensual correspondiente y/o mediante la modalidad que a mejor criterio de la demandada resulta más adecuada. 2) Hacer efectivo el pago de la prestación efectuada por la acompañante terapéutica A. P. C., correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo del presente año, conforme facturas N° 0001-00000001, N°001-00000002, y N°0001-00000003, emitidas los días 31 de marzo, 30 de abril y 29 de mayo respectivamente, por el monto de $9000 cada una, equivalente al total de $27.000.

Alega que tal como surge del certificado, N. N. R. es afiliada con condición de discapacidad a la obra social SEROS y tiene como

diagnóstico: retraso mental moderado y defecto del tabique cardíaco, adquirido Síndrome de Down. Acredita que es alumna regular de la Escuela N°*** de ésta ciudad.

Asimismo, acompaña informes actualizados sobre la prestación indicada médicamente de acompañamiento terapéutico, de lunes a viernes en horario escolar, informes de la Directora de la Escuela N° 146 y de las Licenciadas M. G. V. y V. A. P., de las solicitudes extrajudiciales de cobertura de la prestación a la demandada (Expte. N° 2680/2013 de ISSS Obra Social S.E.R.O.S., caratulado: "Solicita cuidado escolar" –Primer pedido (15/07/2013): Trámite N° 24.673/2013 Tipo: Acompañante Escolar; Segundo Pedido (04/11/2013): Trámite N° 39.436/2013 Tipo: Acompañante Terapéutico; Tercer pedido: Nota N° 378/2014 ADDESC-OUDC-CR (30/12/2013) Solicitud de cobertura al 100% de todos los tratamientos de rehabilitación indicados por el Dr. R. para el año 2014. Nota N° 36/2014 ADDESC-OUDC-CR (acompañando documentación y curriculum vitae de la acompañante terapéutica). Nota N° 2328/14 (07/04/14) de la obra social SEROS, no dando respuesta satisfactoria al pedido de cobertura de acompañante terapéutico y la intimación al ISSYS Obra Social SEROS, que vencido el plazo establecido no dio respuesta alguna a dicha intimación, estando en riesgo la continuidad de la prestación de acompañante terapéutico por falta de pago y con ello se amenaza los derechos de la niña. Adjunta documentación que detalla a fs.102/103. Funda su pretensión en la Constitución Nacional y Provincial, Pactos Internacionales y Código Procesal Civil, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. Hace reserva del caso federal.

A fs. 106/111vta. se dicta la sentencia interlocutoria N°38/2014, por la que se declara formalmente procedente la acción de amparo, se corre traslado de la demanda y se hace lugar a la medida cautelar requerida a fs.90vta. apartado 2° punto 1 y en consecuencia se dispone lo siguiente: Hacer lugar a la medida cautelar peticionada a fs.89 vta. apartado 2° punto 1, y en consecuencia disponer que el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINICA DEL CHUBUT - ISSYS - (Obras Social SEROS), brinde a la niña N. N. R. DNI **.***.*** cobertura integral y total (al 100%) de la prestación de acompañante terapéutico de lunes a viernes en horario escolar, indicada médicamente y por el equipo interdisciplinario. La prestación de cobertura a brindar, consiste en el pago del monto que cobra la actual acompañante terapéutica que asiste a la niña, A. P. C., equivalente a nueve mil pesos ($ 9000.-) mensuales contra entrega de factura mensual correspondiente, o la designación de acompañante terapéutica por el ISSYS de la Provincia del Chubut, Obra Social SEROS.- (arts. 197, 232, 233 y concordantes del CPr.).-

III.- En primer lugar, en cuanto al expreso pedido de declarar desierto el recurso por la actora, se destaca que esta Alzada ha sostenido invariablemente un criterio morigerado de la formalidad del recurso, atento la consecuencia disvaliosa que significaría para el derecho de la parte la declaración de desierto, optando por la subsistencia del mismo y así se declara.

IV.- La Ley 24.901 en su art.1 establece: "Institúyase por la presente ley 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.".-

Respecto 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 afiliados a las mismas (art.2), ya sea mediante servicios propios o contratados (art.3), de todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas (art.11) como: transporte especial (art.13), prestaciones de rehabilitación (art. 15), prestaciones terapéuticas educativas (art.16), prestaciones asistenciales (art.18), así como todos los servicios específicos y prestaciones complementarias enunciados en la ley.-

En este orden de ideas, es del caso señalar que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), la Corte Suprema de Justicia ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (conf. Fallos 321:1684; 323:1339; 324:3569). Asimismo, es oportuno traer a colación lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales en cuanto al reconocimiento del derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art.12.1).-

La atención integral de la discapacidad, expresada tanto en las leyes 22.431 y 24.901, como en la jurisprudencia de la CSJN, constituyen una política pública que como tal debe orientar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de casos de la naturaleza que ahora nos ocupa.

En suma, respecto del derecho a la salud, el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones en esta materia y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y a otras entidades que participan del sistema sanitario.-

Sumado a todo lo expuesto, la ley 26.378, dispuso la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo propósito expuesto en el artículo 1 es "…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".-

Asimismo expresa que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación

plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".-

Por último, tratándose de una niña afectada de una discapacidad, su interés resulta protegido de manera particular. El marco de protección para la niñez lo otorgan los pactos internacionales con jerarquía constitucional que contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños: art.VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art.25, inc.2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts.4, inc.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.24, inc.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art.10, inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar (conf. Fallos 323:3229).-

Particularmente, la Convención sobre Derechos del Niño, convertida en ley 23.849, cuyo análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación coloca su amparo y protección como principio superior (v. Fallos 318:1269; 322:2701; 323:2021, 2388, 3229, 324:122, 908, 1672, utilizado en diferentes temáticas para remover obstáculos en procura de obtener el cumplimiento de los derechos que los documentos internacionales le reconocen).-

En armonía con estas disposiciones, el art.7, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –ya mencionada- establece que es obligación de los Estados Partes tomar "…las medidas necesarias para asegurar que todos los

niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos…en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” y en su acápite 2 indica que en todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, la protección del interés superior del niño será una consideración primordial.-

Al respecto cabe señalar que el término "derecho humano a la salud" expresa un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida y configura un derecho de naturaleza prestacional, un derecho de la población a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud (Carnota, Walter F., "Proyecciones del derecho humano a la salud", "D 128-879 y 880).-

Sentado el contexto normativo, en el cual se encuadra el caso traído a conocimiento, analizaremos los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar, como la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.-

Previamente debemos señalar que no está discutida la condición de discapacidad de la niña (cfme. copia de certificado de discapacidad fs.3), tampoco el diagnóstico del pediatra (fs.60/61), ni la necesidad del acompañamiento terapéutico, prescripto por los profesionales intervinientes (fs.10, 20, 23/24, 57/59, 76/77, 78/81).

El agravio de la demandada se centra, en la obligación de proveerle la cobertura integral y total del 100% de la prestación del acompañante terapéutico de lunes a viernes en horario escolar (mientras dure el presente proceso), por el monto de $9.000 mensuales, que se le debe abonar a la Sra. A. P.

C., considerando que ello constituye un enriquecimiento sin causa, dado el monto que abona la obra social al maestro de apoyo en los términos del nomenclador de prestaciones básicas. Asimismo sostiene que la Sra. C. no cumplió con los requisitos necesarios para poder ser prestadora de servicios a las personas con discapacidad, no acreditó el cumplimiento de las tareas, ni se efectuó una evaluación de la menor y se desarrolló un proyecto institucional articulado y coordinado específicamente.

Ahora bien, se torna insoslayable como primer recaudo para la procedencia de la medida cautelar, la justificación de la verosimilitud del derecho. La prueba de tal verosimilitud no debe ser acabada, ya que el derecho invocado será materia y contenido del juicio principal. Es decir, que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende del conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino de lo que diera en llamar Palacio un "conocimiento periférico o superficial" encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso. Por ello la ley no exige, a los fines de la comprobación una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento (Palacio: Derecho procesal Civil, Abeledo Perrot, 1970, Tomo VIII, pág. 33).-

Y es al órgano jurisdiccional a quien compete evaluar todas las circunstancias que el asunto presente para disponer lo concerniente a medidas precautorias, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho.-

Encontrándose acreditado dicho recaudo, de los términos del planteo formulado por la actora, las respuestas extrajudiciales dadas por la demandada, lo que resulta acreditado con la documentación acompañada (fs.3/89) y surgiendo como factor determinante de apreciación la necesidad e importancia de la prestación requerida (acompañante terapéutica) para poder intentar mejorar su calidad de vida y su discapacidad, integrándola al medio y conteniendo situaciones de riesgo físico y emocional.-

Con lo cual su pretensión configura un interés tutelable, cierto y manifiesto, que obliga a los responsables a la provisión de lo solicitado.-

Surgiendo claramente de autos, el interés específico de la tutela cautelar, que justifica la confirmación de la medida dictada, toda vez que su derecho resulta verosímil y su demora, derivada del retraso de una decisión, implicaría un riesgo que debe evitarse, en relación con la afección descripta que padece la niña y las perspectivas que esta prestación pueden ofrecerle para su persona y su vida en relación.

Ergo, la medida dictada por la jueza no merece reproche puesto que es la solución más adecuada a la naturaleza del juicio cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad psicofísica y social de la niña.

La apelante no demostró que la prestación indicada por los médicos tratantes sea improcedente, limitando sus agravios a lo ya expuesto precedentemente, no se hizo cargo de que la Jueza de la causa ordenó que la prestación de cobertura a brindar, consiste en el pago del monto que cobra la actual

acompañante terapéutica que asiste a la niña, A. P. C., equivalente a nueve mil pesos ($ 9000.-) mensuales contra entrega de factura mensual correspondiente, o la designación de acompañante terapéutica por el ISSYS de la Provincia del Chubut, Obra Social SEROS. De manera que si los honorarios que cobra la actual acompañante terapéutica son excesivos o no se ajustan al nomenclador básico, la obra social debe designar, del listado de prestador, a una profesional que cumplimente dicha prestación y no lo hizo.

En cuanto al agravio relativo a que la obligación de dar la prestación no está en cabeza de la obra social ya que se trata de prestaciones relativas a la educación, resorte exclusivo del Ministerio de Educación de ésta provincia; es dable señalar que, la Ley I N° 296 (antes Ley 5413) la incluye expresamente entre las personas que garantizarán en forma gratuita las prestaciones necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante, acreditada con la sola presentación del certificado de discapacidad (art. 3°). Por otro lado, la Ley Nacional N° 24.901 y la Ley XVIII N° 36 (antes Ley 4509) (art. 16 Ley I N° 296 - antes Ley 5413), no condiciona la cobertura obligatoria a que se trate, o no, de una patología de base, lo que descarta su tentado argumento de que no le corresponde a ella, sino a la Provincia del Chubut por medio de su Ministerio de Educación, dar cobertura a la prestación reclamada. Y ello así porque, además, no puede Seros, como obra social, sustraerse a su propio designio, dejando en responsabilidad del Ministerio de Educación del Estado Provincial, la rehabilitación o tratamiento de la afección de una

menor de siete años, que está afiliada a la misma, pues, si bien el art. 4° de la Ley Nac. N° 22.431 obliga al Estado a otorgar la cobertura integral a las personas con discapacidad, refiere expresamente a aquellas personas no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, que no es el supuesto de autos, toda vez que N. N. R. es afiliada -indirecta- a la obra social demandada, como está demostrado en autos.

En definitiva, la crítica del fallo no alcanza a conmover los fundamentos del mismo en cuanto al dictado de la presente medida cautelar, dado que la procedencia del amparo y demás circunstancias señaladas por la demandada, forman parte de un debate mayor a cumplirse en el proceso principal.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la medida cautelar punto 3) de la sentencia interlocutoria de fs. 106/112 y rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

V.- Costas de la Alzada, a la recurrente vencida. Se regularán los honorarios de los profesionales intervinientes de acuerdo a la naturaleza del proceso, etapa procesal, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles (arts. 5, 6, 7, 13 de la ley arancelaria).

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada a fs.123/126 y confirmar el punto 3) de la sentencia interlocutoria de

fs.106/112.

2) Costas de la Alzada a la recurrente vencida. Regular los honorarios de los Dres. P. B. A. O. y L. A. V., conjuntamente, en el TREINTA (30%) POR CIENTO y los del Dr. L. I. M., en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO, de los honorarios regulados en primera instancia.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 137 y vta.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase. La presente Sentencia se dicta por dos vocales de Cámara, en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso y haber concordado en la solución del caso (cfme. ley V N°17 DJCh).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS