En Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"N., C. d. l. Á. c/ SEROS (Instituto de Seguridad Social y Seguros) s/ Acción de Amparo" (Expte. Nº 208- Año 2015)** venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. N° 364/15) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?, **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 103.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

1.

La Sra. Jueza de Familia N° 2 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 78/91 haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por C. d. l. Á. N. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS) condenando a éste último a otorgar la cobertura como afiliada indirecta obligatoria a la joven S. A.. Declaró la inconstitucionalidad de la exigencia "*para el trabajo en forma total y permanente*" del inc. d) art. 9 de la Ley XVIII N°12.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, analizó el camino seguido por el amparista para la obtención de su reclamo.

Estimó que tanto la norma del art. 43 de la CN como la del art. 54 de la CP son disposiciones operativas que no exigen para su admisibilidad la existencia o agotamiento de las vías administrativas, bastando solamente la

verificación de la amenaza, restricción, alteración o lesión de un derecho constitucionalmente reconocido.

Entendió, por lo tanto, que la vía elegida por el amparista resultó ser el camino acertado para obtener una resolución pronta, toda vez que la resolución de SEROS restringió un derecho de raigambre constitucional de S. A. S., que no admite una larga discusión en un proceso ordinario.

Respecto del planteo de caducidad de la acción y/o la falta de legitimación activa impetrado por la demandada, estimó que el mismo se encontraba zanjado mediante el dictado de la admisibilidad preliminar de la acción de amparo de fs. 18/23, el que fue consentido por la accionada.

Encontró acreditado que la actora, afiliada a SEROS, es progenitora de S. S., de 22 años de edad, que cuenta con Certificado de Discapacidad "ley 24.901" vigente. Que al cumplir los 21 años de edad la joven fue dada de baja de la obra social, la que se negó a re afiliarla; que existe urgencia que se le brinde un tratamiento continuo e ininterrumpido.

Resaltó que la joven S., si bien adquirió su mayoría de edad al cumplir 18 años, continuó siendo beneficiaria de la obra social y fue desafiliada recién al cumplir los 21 años, cuando el inciso d) del art. 9 Ley XVIII N°12 se refería a hijos mayores, no precisando edad alguna.

Señaló que la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas a favor de las personas con discapacidad que contempla acciones de prevención, asistencia y protección de las mismas; que el Estado, a través de sus organismos, prestará servicio a las personas con discapacidad no incluidas en el sistema de obras sociales, en la medida que las personas de las que dependan no puedan afrontarlas; que asimismo, el art. 2 de la ley 24.901 obliga a las obras sociales a prestar la cobertura básica, enunciada en dicha ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.

Entendió que de tal manera se receptan los derechos de las personas con discapacidad conforme los derechos derivados del derecho internacional.

Sostuvo que la existencia del derecho fundamental a la vida es proclamado por la Corte Federal y los Tribunales inferiores de todo el país.

Indicó que tanto la ley 24.901 como la legislación complementaria se enmarca en los preceptos del art. 75 inc. 23 de la CN, en cuanto plasma un sistema de prestaciones básicas de atención integral, habilitación y rehabilitación a favor de las personas con discapacidad. Precisó el concepto de discapacidad, como así también la emisión del certificado. Sostuvo que a nivel provincial, la ley I N° 296 estableció un sistema de protección integral a las personas con discapacidad.

Consideró acreditado en autos que el certificado de discapacidad de S. consignó "Rehabilitación, Prestaciones Educativas, Formación Laboral /o Profesional", lo que guarda relación con las prescripciones y diagnóstico médico suscripto por el Dr. G. P. (fs.10), el resumen de la Historia Clínica (fs.11), e inclusive la declaración testimonial brindada por el mencionado facultativo a fs. 70.

Indicó también la intervención del Cuerpo Médico Forense, en cuyo informe obrante a fs. 68 concluyó que la joven deberá continuar el tratamiento con neurología y fármacos indicados por trastorno de personalidad de larga data, trastorno de sueño, irritabilidad y disforia. En la ampliación del informe solicitado se expuso, a fs. 76, que ante la suspensión de la medicación instituida pueden producirse descompensaciones neurológicas y del tipo psicológico y psiquiátrico. Concluyó que la joven S. debe continuar en tratamiento con neurología y fármacos indicados y asistencia psiquiátrica y que la suspensión del mismo

puede producir descompensaciones de tipo neurológico con acentuación de trastornos de conducta, pudiendo

producirse un desborde psicótico con peligro para sí o terceros.

Resaltó, atento los diferentes informes adunados a las actuaciones las complicaciones a que se ve expuesta la joven para su atención en el nosocomio local.

Arguyó que en su presentación la demandada no contempló las previsiones de la ley 24.901, ni la de la ley provincial I N° 296, teniendo en cuenta que el art. 4° de esta última dispone las prestaciones a que se obliga el Estado provincial con referencia a las personas con discapacidad, y el Decreto 94/07, reglamentario de la misma que dispones que el ISSS, las obras sociales, prepagas y afines serán corresponsables con el Estado en brindar las prestaciones que determina la ley 24.901.

Sostuvo que la negativa a mantener como afiliada indirecta a la joven S. no resulta ajustada a derecho en cuanto vulnera garantías amparadas por la CN, CP, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Estimó que existió una violación del derecho a la salud de una persona que cuenta con un certificado de discapacidad y que sus necesidades deben ser cubiertas por las obras sociales y demás agentes del seguro de salud, en tanto la cobertura integral de la prestación básica está dada por la ley 24.901.

Arguyó que el derecho afectado de S. es el de la salud entendido como completo bienestar psicofísico y espiritual. Agregó que ninguna normativa nacional, provincial e inclusive internacional limita las prestaciones a la incapacidad laboral.

Calificó la actitud de la accionada como reprochable cuando se excusa de mantener la afiliación por encontrarse la joven en una situación que le permite ingresar al Programa Federal "Incluir Salud". Ninguna acción positiva encaró la demandada para dar una respuesta beneficiosa a la joven, que fuera de todo contexto normativo exige que acredite su incapacidad laboral en forma permanente, cuando dicho requisito no es exigido en ninguna norma nacional, ni menos en la Constitución, para
obtener los beneficios de la ley 24.901.

Indicó que no puede la demandada arrogarse facultades para coartar los derechos que le asisten a las personas con discapacidad poniendo requisitos fuera del sistema legal que regula sus derechos, por lo que el juzgador debe apreciar el conflicto de forma puntual, y que la función específica de las obras sociales debe consistir en una prestación integral y óptima del servicio debido.

Estimó que no puede bajo ningún pretexto la demandada coartar derechos mediante reglamentaciones y no adecuar las mismas a las nuevas
directrices constitucionales. Los jueces, agregó, deben tornar operativas las garantías dadas por el legislador y por las CN, CP y Tratados Internacionales, asegurando la protección de los derechos vulnerados y disponer las medidas para el efectivo ejercicio de los mismos.

Impuso costas a la vencida. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 93/97 la demandada apeló la sentencia y expresó agravios. La actora contestó traslado a fs. 101/102.

3.

3.1.

Por una cuestión de método, me referiré en primer término a las quejas vertidas por la demandada con relación a la omisión de tratamiento de la legitimación activa de la actora y de la caducidad de la acción, las que identifica como agravios b) y c), respectivamente.

El decisorio de autos sostuvo, previo a ingresar en el desarrollo del objeto central del reclamo, que el planteo efectuado en ese sentido (fs. 39, acápite IV y fs. 40, acápite V) no era el apropiado ya que, si estaba caduca la acción y/o existía una falta de legitimación activa, debió recurrir el auto interlocutorio de fs. 18/23, que determinó la admisibilidad preliminar de la acción de amparo, el que se dictó de conformidad con las previsiones de los arts. 7 y 8 de la ley de amparo provincial.

Hete aquí entonces que, contrariamente a lo manifestado en su queja, el pronunciamiento de autos dio razones por las que no ingresó en su análisis. El recurrente tuvo a su disposición los medios de impugnación que al efecto prevé el art. 11 de la citada norma, que justamente contempla el recurso de apelación contra la resolución prevista en el art. 7. No habiendo hecho uso de él, perdió el derecho a hacerlo en lo sucesivo, de tal suerte que la resolución de fs. 18/23 llegó firme a esta Instancia.

Dicho lo cual, debo dejar constancia que en las respectivas parcelas de esos agravios el recurrente no rebatió con fundamento técnico alguno las razones esgrimidas por la sentencia apelada que lograran conmoverla.

En primer lugar, señaló que la pieza decisoria omitió el tratamiento de ambos acápites (lo que, quedó dicho, dista de la realidad de lo ocurrido). En el caso de la falta legitimación activa de la accionante, indicó que quien debería haber reclamado la inclusión en SEROS era la hija y no la madre, por ser la persona afectada a la que se refiere la norma constitucional, debiendo hacerlo por derecho propio y justificando su personería. Además, introduce

un argumento ajeno a la endilgada falta de legitimación, tal como lo es la falta de acreditación de una lesión o amenaza inminente, ya que contaba con cobertura de PRO.FE. Este último no es sino otro requisito de admisibilidad (previsto en el art. 3) que la resolución de fs. 18/23 consideró oportunamente para decidir en el modo en que lo hizo, distinto al de la legitimación. A su respecto, he de señalar que también ese argumento debió ser motivo de apelación, si así lo consideraba, en la oportunidad

prevista tras la notificación de la resolución a la que se refiere el art. 7.

Con referencia a la caducidad, sostuvo que la acción debió haberse impetrado dentro del plazo perentorio de 30 días a contar, según su opinión, desde que la hija de la actora cumplió 21 años.

En segundo lugar, sostuvo que según su opinión, el hecho de no haberse opuesto a la admisibilidad de la acción sino hasta la contestación de la misma en modo alguno significa que ha precluido la oportunidad de cuestionarla, ya que "entiende" que el momento oportuno para oponerse a ella era la contestación de la demanda.

Claro está que el recurrente no explica las razones por las cuales deberían reeditarse cuestiones que han sido decididas en la etapa procesal oportuna y que, siendo recurribles, no acudió al remedio que la ley procesal pone a su disposición.

Esa circunstancia me conduce a concluir que el apelante sostiene una justificación a su inactividad más que un argumento jurídico sólido que rebata el aserto judicial. Que el recurrente "entienda" que el momento procesal oportuno para cuestionar la caducidad fuera el de la contestación de la demanda, es independiente del derecho de apelar la resolución si así lo consideraba. No habiéndolo hecho, perdió, por imperio del principio de preclusión procesal, la posibilidad de hacerlo en el futuro. Esa, ni más ni

menos, fue la conclusión de la sentencia, que lejos de soslayar la cuestión, la consignó expresamente y no ha rebatido con fundamento jurídico alguno, habiendo llegado firme a esta Alzada (en el mismo sentido, se ha pronunciado esta Cámara, en "A.", SDC 21/14 y "P." SDF 01/14).

En esa inteligencia, ambas parcelas del agravio deben ser declaradas desiertas por no tratarse de críticas razonadas y concretas al fallo apelado (arts. 268 y 269, del CPCC).

3.2.

También por una cuestión de método, trataré el agravio que le causa al apelante la declaración de inconstitucionalidad del art. 9, inc. d), ley XVIII n° 12 en cuanto a que la discapacidad a que refiere la norma exige que lo sea "para el trabajo en forma total y permanente".

Considera que esa inconstitucionalidad no fue pedida por la actora y que la sentencia apelada la decretó de oficio.

Sostiene que el certificado de discapacidad obrante en autos es nulo ya que no cumple con las exigencias de la Ley I, N° 459, en cuanto a que el ISSyS no tuvo participación alguna en su otorgamiento.

Agrega que no se atacó exitosamente la razonabilidad de la norma cuestionada ni se ha fundado verosímilmente que la limitación afecte el derecho a la salud de la hija de la actora.

Concluye que el decisorio no ha hecho mérito de la complejidad de la cuestión y de las consecuencias, a corto plazo, de la decisión tomada.

3.2.1.

El pronunciamiento de grado consideró que la exigencia de la "incapacidad para el trabajo en forma total o permanente" del art. 9, inc. d), ley XVIII N° 12, resulta inconstitucional, toda vez que es violatorio de todas las normas que protegen y velan el derecho que le corresponde a la hija de la actora.

Ello, atendiendo las previsiones del art. 43, “in fine”, CN, del art. 54 “in fine”, CPCh y del art. 10, 1er párr., ley V n° 84.

El apelante sostiene que tal declaración de inconstitucionalidad no fue pedida por la actora.

Los magistrados deben analizar las cuestiones de constitucionalidad, aun “*ex officio*”.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado en “Mill de Pereyra y o. c/ Provincia de Corrientes” (Fallos 324: 3219) que: a) los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad, sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay; b) la declaración de inconstitucionalidad de oficio no lesiona el derecho de defensa en juicio, pues lo contrario conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación al caso concreto.

De ese modo, cambió el criterio que venía sosteniendo hasta entonces en “Los Lagos” (Fallos 190:149), reiterando la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio en “Banco Comercial Finanzas S.A.” Fallos 324: 2051).

Por lo tanto, no advierto ninguna razón para que el pronunciamiento de grado se hubiera visto impedido de ejercer tal control de constitucionalidad de oficio.

3.2.2.

En cuanto a la nulidad del certificado de incapacidad de fs. 4, cabe realizar liminarmente una breve aclaración.

El art. 3, ley I nª 296 establecía que *"La Secretaría de Salud, a través de las juntas que esta designe, será la única que certificará la existencia de la discapacidad, naturaleza y su causa, teniéndose en cuenta las directivas de la Organización Mundial de la Salud e incluyéndose la discapacidad originada en enfermedades viscerales crónicas incurables. Este certificado constituirá acreditación suficiente a los efectos de la presente Ley".*

Esa norma fue modificada por la ley I Nº 459, que dice *"La Secretaría de Salud, a través de las juntas que esta designe, será la única que certificará la existencia de la discapacidad, naturaleza y su causa, teniéndose en cuenta las directivas de la Organización Mundial de la Salud e incluyéndose la discapacidad originada en enfermedades viscerales crónicas incurables. Este certificado constituirá acreditación suficiente a los efectos de la presente Ley. En el caso de las personas con discapacidad que estén directa o indirectamente vinculadas a la Obra Social Seros, deberá indefectiblemente participar el Instituto de Seguridad Social y Seguros en la emisión del certificado de existencia de la discapacidad que se trate."*

La nulidad del certificado a que hace referencia no puede ser materia de análisis en esta Instancia pues el valladar del art. 280, del CPCC me lo impide. En efecto, en oportunidad de su conteste, ninguna objeción ensayó la demandada en orden a la validez de dicho certificado, por lo que mal puede introducir esta cuestión el apelante a esta altura del proceso.

Ello, sin perjuicio de señalar que, por no haber formado parte del *thema decidendum* resultaría abstracto ingresar en el análisis de su constitucionalidad, que, tal como adelantara, su control bien puede ser ejercido por los jueces *ex officio*.

3.2.3.

En cuanto a que el decisorio no argumentó la razonabilidad de tal medida, considero que no le asiste razón al apelante.

Sostiene el recurrente que el decisorio de autos no atacó "exitosamente" la razonabilidad de la declaración de inconstitucionalidad ni fundamentó verosímilmente que la limitación de la norma afecte el derecho a la salud de la hija de la actora.

No comparto el aserto del agravio.

Contrariamente a lo manifestado por el apelante, el decisorio de autos consideró que ninguna normativa, sea nacional, provincial, e inclusive internacional limita las prestaciones a la incapacidad laboral. En tal sentido, acude a jurisprudencia de nuestra Corte Nacional, la que es firme en enfatizar que las jurisdicciones locales, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga deben garantizar el derecho a la salud, encontrándose obligadas a ello mediante acciones positivas, ya que de lo contrario las leyes dictadas en la materia carecen de toda operatividad. Consideró en tal sentido, que fuera de todo contexto normativo, la demandada adoptó una actitud de total desidia, ciñéndose al precepto legal que exige que la joven acredite una incapacidad laboral en forma total y/ o permanente, requisito éste que no es exigido por ninguna norma de jerarquía superior a la ley provincial que contiene dicho requisito, para obtener los beneficios de la ley 24.901 y I, n° 296. Agregó que se encuentra reñido con los preceptos constitucionales que, para ser afiliado indirecto, es menester la incapacidad laborativa, reflexionando que en ese entendimiento ningún hijo o hija con 18 años de edad de afiliado obligatorio que no cumpliera con aquélla podría resultar beneficiado con el sistema.

Consideró también que la limitación impuesta era arbitraria, ya que el reconocimiento de una discapacidad implica la de un derecho subjetivo; que

el régimen instaurado por la ley XVIII Nº 12 debe interpretarse desde una proyección de los principios de la seguridad social, garantizado por la Constitución Nacional y que el juzgador no puede desatender los fines que la ley tuvo en mira, cual es, en el caso de las obras sociales la prestación integral y óptima del servicio de salud.

Fundó su decisión en los arts. 14 bis, 75, inc. 22, CN, 18 y 30, Constitución provincial, 24, CDN, 25, Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 y 16, Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, 12, PIDESC, 10.h, 11.1.e y f, 11.2, 14b y c, Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y 5e. IV), Convención para la eliminación de todas formas de discriminación racial, ley 24.901, entre otras disposiciones legales de jerarquía superior a la cuestionada.

De allí que no asiste razón al apelante para concluir que la sentencia anterior no hizo gala de argumentación alguna.

Es más. Ni siquiera rebatió en su recurso, con argumento jurídico alguno, uno solo de los argumentos expuestos por el decisorio, que tachó de inconstitucional a la norma del art. 9, inc. d) de la ley XVIII, Nº 12.

No puedo soslayar, en abono de las afirmaciones de la sentencia de grado, la contradicción en que incurre la norma tachada de inconstitucional, con lo normado por los arts. 8 y 11, ley 22.431, ya que, mientras la norma provincial requiere, para su incorporación como afiliados indirectos al sistema del Instituto que se trate de hijos del afiliado, mayores de 21, incapacitados para el trabajo total o parcialmente, y que estén a su cargo, mientras la nacional promueve, por el contrario, la obligación del Estado nacional de ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad suficiente para ejercerlo.

El art. 8 señala que “El Estado nacional -entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos- están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. Dichas vacantes deberán

obligatoriamente ser informadas junto a una descripción del perfil del puesto a cubrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos quien actuará, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, como veedor de los concursos. En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre
la cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito. Los responsables de los entes en los que se verifique dicha situación

se considerará que incurren en incumplimiento de los deberes de funcionario público, correspondiendo idéntica sanción para los funcionarios de los organismos de regulación y contralor de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos. El Estado asegurará que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el presente artículo y proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo. (Artículo sustituido por Ley N° 25.689 B.O. 3/1/2003)".

El art. 11, por su parte, manda que "El Estado Nacional, los entes descentralizados y autárquicos, las empresas mixtas y del Estado están obligados a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa. Se incorporarán a este régimen las empresas privadas que brinden servicios públicos. Será nula de nulidad absoluta la concesión adjudicada sin respetar la obligatoriedad establecida en el presente artículo. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte, requerirá la revocación por ilegítima, de tal concesión. (Artículo sustituido por art. 1 de la Ley N°24.308 B.O. 18/1/1994).(Expresión "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, derogada por art. 6 de la Ley N° 25.635 B.O. 27/8/2002)".

De allí que considero que la mayor discriminación está dada en tratar situaciones que son diferentes como si fueran exactamente idénticas, tal como lo hace la norma declarada inconstitucional en la otra instancia.

En síntesis, la falta de rebate a los sólidos argumentos tenidos en cuenta por el decisorio conlleva necesariamente a que la tacha de constitucionalidad formulada haya adquirido firmeza. Esta parcela del agravio debe ser desestimada.

3.2.4.

El recurrente señala que el decisorio ha resuelto la cuestión de autos "con liviandad" sin "analizar mínimamente la complejidad técnica y económica del tema y las consecuencias a corto plazo de la decisión tomada".

El recurrente no se explica. No da razones jurídicas ni fácticas tendientes a explicar y fundamentar cuál ha sido su "liviandad", ni cuál ha sido el "análisis mínimo de la complejidad técnica y económica" de la cuestión en debate. Como tal, carecen tales afirmaciones de crítica razonada y concreta susceptible de conmover el fallo apelado, convirtiéndose en una mera disconformidad con los términos sentenciales (arts. 268 y 269, del CPCC).

Por lo expuesto en este anaquel, el agravio debe ser desestimado.

3.3.

3.3.1.

Sostiene el agravio que la sentencia de la otra Instancia no logró establecer el vínculo que obliga a SEROS a otorgarle cobertura a la hija de la actora, ya que cuando los hijos de los afiliados adquieren 21 años dejan automáticamente de ser afiliados, salvo que acrediten, entre otros supuestos ser incapacitados para el trabajo en forma total o parcial, es decir procurarse sus propios recursos, tal como lo establece el art. 9, inc. d), ley XVIII n° 12. No hay vínculo alguno, ni legal, ni convencional entre su mandante y la hija de la actora.

En esa inteligencia argumenta que: a) la hija de la afiliada puede trabajar, de acuerdo con el informe de ANSeS. Al efecto, debió haber requerido una junta médica que fijara el baremo incapacitante, y si no lo hizo es porque se encuentra en condiciones de trabajar; b) no presentó documentación alguna que estableciera el porcentaje de su discapacidad.

Conforme con lo señalado en el acápite anterior, la inconstitucionalidad del art. 9, inc. d), ley XVIII, N° 12 echa por tierra todo argumento vinculado con las aptitudes laborales de la hija de la actora.

Por ende, soslayada toda exigencia sobre incapacidad alguna para el trabajo, en virtud de lo reseñado, resulta abstracto también todo

tratamiento sobre si la hija de la actora puede trabajar u obtiene recursos propios, ya que esos extremos, a esta altura, resultan irrelevantes para obtener los beneficios del Instituto demandado a través de su obra social SEROS.

3.3.2.

Se agravia la accionada, por considerar que S. A. S. registra liquidaciones por un programa de empleo y recibe una pensión, con cobertura a través del sistema de salud PRO.FE, y que si no estaba conforme con él, debió promover las acciones pertinentes contra su responsable. A todo evento, debió hacerlo contra el Estado, que es su coobligado, pero nunca en contra de SEROS, dejando en claro que el pronunciamiento confunde a esta última con el Estado en cuanto a sus fines. Sostiene también que su salud no corre peligro alguno, por lo que no hay afectación de ninguna índole.

La actora reconoce que su hija era pensionada del ex PRO.FE, que es un programa de salud destinado a quienes no cuentan con obra social, y que obvio resulta que, quien goza de esa cobertura, mal podría acudir a dicho programa, por la sencilla razón de no necesitarlo.

A fs. 3 luce un informe de la Auditoría médica de la demandada que sostiene que "*existen antecedentes que demuestran que la hija de la actora posee pensión y su seguro de salud es PROFE, según informe de fs. 22 de la trabajadora social – Rubio, Marisol*", el que ha sido desconocido por la actora a fs. 49, quien

señala también que en él se hace referencia a un informe (el de fs. 22) que no se acompaña.

Por su parte, el informe de fs. 72 del "Programa Incluir salud" (PRO.FE) da cuenta de las dificultades para la obtención de turnos para médicos neurólogos y la provisión de medicamentos, el que si bien se pronuncia *in abstracto*, comprende a la situación de la hija de la accionante.

El apelante sostiene a su vez que, conforme informa el ANSeS, la hija de la afiliada tiene implementado un sistema de salud en el que está registrada como PRO.FE, respecto del cual la actora no está conforme.

El decisorio, por su parte, entendió las razones que asistían a la actora acerca de las complicaciones a la que se veía expuesta su hija al ser atendida en el nosocomio local y en la adquisición de medicamentos y que la inclusión en dicho sistema constituía más una "pesadilla" que un beneficio.

Apoyó su conclusión en la prueba obrante en autos: certificado de fs. 4, resumen de historia clínica de fs. 11, declaración testimonial de fs. 70, informe del Cuerpo Médico forense local de fs. 68 y 76.

No es cuestión de estar o no conforme con el sistema de salud, sino que se trata de determinar cuál es aquél al que debe ajustarse conforme la normativa vigente, su particular situación de afiliada a una obra social y el derecho al acceso a su cobertura de los afiliados indirectos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas al establecer, en 1982, el Programa de Acción Mundial para las Personas Discapacitadas, reafirmó el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades, a la participación plena en las actividades económicas y sociales, y al igual acceso a la salud, la educación y los servicios de rehabilitación.

Nuestro país, reconociendo los derechos de las personas con discapacidad y los señalamientos de organismos internacionales sobre las personas con

discapacidad, ha establecido un Sistema Único de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad, regulado por la ley 24.901 ("Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad"), el Decreto 762/97, por el que se crea el "Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad", y el Decreto 1.193/98, Reglamentario de la ley de Prestaciones Básicas.

Claro está que los beneficiarios, entre otros, son las personas que carecen de obra social, ya que las personas con discapacidad que no poseían esa cobertura (o al régimen de seguridad social o de otros regímenes de protección), tampoco tenían asegurada la atención de sus necesidades de habilitación y rehabilitación.

Es decir, conforme con su marco regulatorio, el "Programa Federal Incluir Salud "(Ex PRO.FE), está destinado a personas sin protección asistencial, sin que ello implique que sea una obra social, contrariamente a lo consignado en el informe del ANSeS de fs. 34.

El programa "incluir Salud" (ex PRO.FE) otorga cobertura médica a las personas que poseen una Pensión No Contributiva o una Pensión Graciable. Es un programa de prestaciones, *no es una obra social,* y la cobertura se brinda a través del efector público de la provincia, con lo cual, no podrán recibir los beneficios del programa aquellas personas que se atiendan en clínicas privadas. (cfr. http: //www.ms.gba.gov.ar/sitios/regionsanitaria8/programa-federal-de-salud).

En razón de lo expuesto antes, no existe ningún motivo para que la hija de la actora deba acudir a dicho "Programa Federal". Inclusive, vale señalar que el uso que de él haga la hija de la amparista privará a otra persona sin cobertura de hacerlo, generando un derroche de recursos del Estado.

En síntesis, evidente es que la hija de la actora debió acudir al Programa Federal de salud, frente a la negativa de su propia obra social de hacerse

cargo de su cobertura. En todo caso fue la conducta desaprensiva del Instituto demandado la causal de la incorporación de S. en ese plan de salud destinado a desprotegidos de toda cobertura social.

Ha señalado la Corte Nacional que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las 'declaraciones, derechos y garantías', simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" ("Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (confr. causa "Siri", Fallos: 239:459, cit. en Fallos: 332:111).

El Estado, en su función específica, habrá de acudir en protección de quienes, por ausencia de cobertura médica asistencial, necesitan del servicio de salud. No se trata de confundir los fines de aquél con los de SEROS, afirmación que formula el recurrente.

En la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis, CN confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (cfr. CSJN Fallos, 306:178; 308:344 y 324:3988).

Tampoco se trata de que la salud de S. corra o no peligro, desde que la presente acción fue promovida con el objeto de ser incluida en la obra social de su madre en carácter de afiliada indirecta, por cumplir con los requisitos del art. 9, inc. d), ley XVIII, N° 12 ("Hijos mayores del afiliado directo o de su cónyuge incapacitados a su cargo"), sorteado el valladar de la exigencia de que esa incapacidad responda a su actividad laboral, en forma total y permanente. La interposición del recurso de amparo es uno de los remedios más efectivos a los fines de reestablecer situaciones de injusticia, no necesariamente de peligro en la salud.

Por tales razones, corresponde rechazar esta parcela del agravio y confirmar la sentencia apelada.

3.4.

El tratamiento del agravio por la imposición de costas de la Instancia anterior, que introduce el apelante, resulta abstracto en atención al resultado que arroja mi voto conforme con las consideraciones precedentes.

5.

Las costas de Alzada serán soportadas por la demandada vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69, del CPCC y art. 17 ley V N° 84).

A tales fines, regulo los honorarios de los Dres. M. J. R. C. y S. D. en conjunto en el 25% de lo que les corresponde en la instancia anterior, sin perjuicio del tope del art. 8, ley arancelaria, con más

IVA si fuese procedente (arts. 5, 6, 7,8, 9, 13 y cc, ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

La sentencia de primera instancia ordenó a SEROS otorgue la cobertura a la joven S. A. S. como afiliada indirecta obligatoria y declaró la inconstitucionalidad de la exigencia "para el trabajo en forma total y permanente" del inc. d) del art. 9no de la Ley XVIII N° 12.

Ingreso al tratamiento de los agravios de la demandada, guiada por el criterio de esta Cámara de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 del CPCC, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

Siguiendo la propuesta del Dr. Vivas, trataré a los agravios en distinto orden al que se plantea en el recurso.

3.

Cuestiona el apelante que la magistrada de grado omitió considerar el tratamiento de la falta de legitimación activa (v. punto b) y la caducidad de la acción de amparo (en el punto c).

A contrario de lo que sostiene el apelante, la magistrada dio respuesta a esos planteos señalando en la sentencia que había precluido la oportunidad de su tratamiento y ello en tanto, la demandada consintió el auto interlocutorio de fs. 18/23 que resolvía sobre la admisibilidad formal del amparo.

Conforme el art. 11 de la Ley V N° 84, se encuentra prevista una vía recursiva específica para atacar el pronunciamiento relativo a la previa admisión formal. No ejercida oportunamente tal vía de impugnación provoca como consecuencia, que tales aspectos formales de admisión -que a su tiempo se declararon cumplidos-, se ubiquen en el plano de cuestiones precluidas.

Aun cuando pueda sostenerse que alguna de las condiciones que habilitan el amparo, quedan sujetas a prueba y ante la duda, eventualmente pueda volverse sobre ellas al tiempo de dictar la sentencia definitiva, no es el caso de autos.

Para ello tengo presente que en sus argumentos, no existe ninguna alegación de circunstancias que no hayan sido evaluadas por la señora jueza al tiempo de expedirse sobre la admisibilidad formal del amparo (art. 7 Ley V N° 84).

Tanto la legitimación activa como la caducidad de la acción como la existencia o no de lesión o amenaza inminente, fueron materia de decisión en extenso por la magistrada, por lo que debió la demandada y no lo hizo, recurrir la misma en los términos del art. 11de la Ley V N° 84.

Por otro lado, soy del criterio que señalar que *"entendemos que no se ha precluido la oportunidad de cuestionar la admisibilidad de la demanda y que el*

momento oportuno era al contestar la misma" no es crítica ni concreta y razonada, máxime cuando es la norma del art. 11 la que dispone cuáles son las resoluciones susceptibles de apelación en el trámite del amparo y entre ellas expresamente se encuentra la prevista en el art. 7 de la ley de amparo.. Consentida que fue la procedencia formal del amparo, precluyó toda posibilidad para la parte de retrotraer el análisis sobre los presupuestos que en su tiempo fueron considerados concurrentes. Esa fue la conclusión de la magistrada, sin que la parte haya logrado rebatir en esta instancia tal argumento medular de la sentencia, por lo que el agravio debe declararse desierto (art. 269 del CPCC).

4.

En el punto d) se queja que la magistrada declaró, sin petición de parte, la inconstitucionalidad de la exigencia "para el trabajo en forma total y permanente" prevista en el inc. d) del art. 9 de la Ley XVIII N° 12.

a) Liminarmente debo señalar que conforme nuestro sistema normativo (art. 10 de la Constitución Provincial), toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por la Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces, por lo cual la naturaleza de la cuestión que presupone una sentencia de condena, permitía ingresar a la magistrada a expedirse respecto de la constitucionalidad de la exigencia que impone el inc. d) del art. 9 de la ley XVIII N° 2.

b) A partir de allí, soy del criterio que la demandada no acierta cuando discrepa con los argumentos de la sentencia que sostienen la inconstitucionalidad de la exigencia impuesta en la ley de referencia.

Conforme me expidiera en la SDF N° 10/14, siguiendo el criterio del STJCh (in re"B.A. c/ SEROS y otra s/ Acción de Amparo". Expte. N° 19.957-B-2005 S.N°3/05 S.R.E.), debe acudirse al criterio de razonabilidad para establecer si una ley es constitucional y la misma debe ser demostrada por quien defiende su constitucionalidad.

De modo tal que, frente a los argumentos sostenidos por la magistrada acudiendo a los precedentes de la CSJN y a todo el plexo normativo que ya ha citado el magistrado que me antecede en el voto, y que concluyen con la inconstitucionalidad de la exigencia que impone el inc. d) del art. 9 de la ley XVIII N° 2, era carga de la demandada criticarlos concreta, objetiva y razonadamente y así lograr poner de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y refutando las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esa manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

Por lo que esa parcela del agravio, es desierta (art. 269 del CPCC)

c) Por otro lado, incorpora en el agravio la cuestión de la nulidad del certificado de discapacidad de la joven S. S., prescindiendo que por tratarse de una alegación no puesta a consideración de la magistrada de la primera instancia, vedado le está a esta Cámara ingresar a su abordaje (art. 280 del CPCC).

d) También ha sido materia de queja, que la decisión de la magistrada al receptar el amparo con liviandad, ha omitido analizar mínimamente la complejidad técnica y económica del tema y las consecuencias a corto plazo de la decisión tomada y que debería haber sido analizadas por el Poder Judicial.

Al no explicitar sus argumentos, se desconoce cuál es el alcance que debiera atribuirse a "liviandad en la recepción del amparo" ni -en el caso concreto-

cuál era “la complejidad técnica y económica del tema” que debió analizarse y mucho menos cuáles serían “las consecuencias a corto plazo de la decisión tomada”. Tales manifestaciones, expuestas de manera genérica, no son admisibles para considerar superados los recaudos técnicos de un agravio, por lo que deberá declararse desierto el punto (art. 269 del CPCC)

e) Alude en el primer agravio a que pese al forzado razonamiento, la magistrada de grado no logra establecer cuál es el vínculo que obliga a SEROS a otorgarle la cobertura de por vida a la joven S. S..

La declaración de inconstitucionalidad del art. 9 inc. d de la ley XVII N° 2 en tanto sostiene en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo, a los hijos mayores del afiliado directo o de su cónyuge incapacitados para el trabajo *en forma total y permanente* y que se encuentren a su cargo, ha dejado sin sustento la queja toda vez que resulta abstracto expedirse respecto a grado alguno de aptitud laboral de la joven, para acceder a los beneficios de la obra social demandada.

Refiere luego que se le reprocha haber abandonado a la joven dentro de un sistema lleno de obstáculos para obtener las prestaciones y que la actora debió dirigir sus críticas a ese sistema sin castigar a SEROS quien durante la vigencia de la cobertura asistió a la joven. Alude a que se acreditó con un certificado de la ANSeS que la joven puede trabajar ya que registra liquidaciones de un programa de empleo, que recibe una pensión que a su vez ha implementado un sistema de salud que es el PRO.FE concluyendo desde su perspectiva recursiva que la joven tiene recursos y que su salud no corre riesgo alguno. Reitera que la ley no co-obliga a su mandante y que debió reclamar al Estado a través de la Secretaría de Salud.

En la sentencia la magistrada de grado se hace cargo que la joven ha sido incorporada al sistema de prestaciones PRO.FE. y dio razones suficientes con

base en la documental agregada en el expediente (certificado de discapacidad Ley 24.091 de fs. 4, resumen de H°C° de fs.11, testimonial del médico tratante Dr. G. P. de fs. 70 y del Informe del Cuerpo Médico (fs.68 y ampliado a fs. 76) de las consecuencias nocivas y peligrosas que para la joven provocaría la discontinuidad del tratamiento o el faltante de suministros de drogas o medicamentos prescriptos. Dio también cuenta de los informes emitidos por la Secretaría de Salud a fs. 62 /63 que refieren a la disponibilidad de médicos en la especialidad de neurología y la provisión de medicación.

De tales argumentos nada dice el apelante. Sostendrá a lo largo de su queja, que todos esos planteos deberían haberse dirigido al Estado y no a la Obra Social, prescindiendo que han formado parte de la argumentación sentencial para admitir la demanda.

Y lo afirmo porque superada la valla de las aptitudes laborales de S., SEROS no tiene argumentos para prescindir de prestar atención a la joven.

El Programa Federal Incluir Salud (Ex Pro. Fe.) que se anuncia como destinado a otorgar mayor equidad en el acceso a la salud (y que obviamente no es una Obra Social en los términos de la ley 23.360), brinda cobertura médico asistencial a titulares de Pensiones No Contributivas (PNC) en todo el territorio nacional, incluyendo en su padrón entre titulares con pensiones por discapacidad, madres de siete o más hijos, adultos mayores titulares de una PNC, pensiones graciables y otras.

La Resolución 1862/2011 establece que tal asistencia médica es prestada prioritariamente por los efectores del subsistema público de salud y, subsidiariamente, por los efectores del subsistema de obras sociales y otros efectores privados.

Luego señala que los beneficiarios de Pensiones No Contributivas (PNC) lo serán del Programa sólo y únicamente a partir de la fecha de alta en el Padrón del mismo y que son requisitos excluyentes para la inscripción, que el beneficiario sea titular de una PNC y que no posea otra cobertura médica como beneficiario del Sistema Nacional de Seguro de Salud o de la Obra Social Provincial.

De ello se desprende que la decisión administrativa adoptada, al sustentar la finalización de las condiciones de afiliación de S. y que correspondía incluirla en el programa de atención PRO.FE., no puede mantenerse para sostener la posición de la demandada.

La condición que la joven perciba una pensión por incapacidad, no la priva en modo alguno de tener cobertura médica por parte de la Obra Social e insisto, al haberse removido judicialmente el obstáculo argumentado por SEROS, que en definitiva no ha sido otro que la afiliada directa no justificó que su hija S. se encuentre incapacitada en forma total y permanente para el trabajo, los argumentos recursivos pierden virtualidad.

Entiendo que con lo expuesto doy respuesta al agravio. La magistrada no ha confundido a la Obra Social SEROS con el Estado en cuanto a sus fines, por el contrario ha dado respuesta a la premisa que expone la misma parte. SEROS tiene obligación de brindar las prestaciones frente a su afiliada directa que aporta al sistema solidario de salud y a sus afiliados indirectos obligatorios. En el caso, se encuentra acreditado que su hija mayor de edad S. A. S., porta una discapacidad conforme la Ley 24.091 y en esos términos, deberá dar cobertura total a las prestaciones básicas que enuncia la ley.

f) En cuanto al agravio sobre costas, el mismo se ha sujetado al resultado del recurso, por lo que conforme el sentido de mi voto, no corresponde su tratamiento.

g) Concluyo el tratamiento de los agravios de la demandada, expidiéndome por el rechazo del recurso de apelación impetrado y la confirmación de la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de agravios.

5.

Las costas deberá soportarlas la demandada en los términos del art. 17 de la Ley V N° 84 y 69 del CPCC, estimando ajustados a las pautas arancelarias vigentes en cuanto al mérito y resultado de la actividad profesional los que propone el Dr. Mario L. Vivas.

Voto a la cuestión por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 78/91, en todo lo que fuera materia de agravio;
2. **IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida (art. 69, del CPCC y art. 17 ley V N° 84);
3. **REGULAR** los honorarios de los Dres. M. J. R. C. y S. D. en conjunto en el 25% de lo que les corresponde en la

instancia anterior, sin perjuicio del tope del art. 8, ley arancelaria, con más IVA si fuese procedente (arts. (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGÍSTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Mario Luis Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2015.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 78/91, en todo lo que fuera materia de agravio;
2. **IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida (art. 69, del CPCC y art. 17 ley V N° 84);
3. **REGULAR** los honorarios de los Dres. M. J. R. C. y S. D. en conjunto en el 25% de lo que les corresponde en la

instancia anterior, sin perjuicio del tope del art. 8, ley arancelaria, con más IVA si fuese procedente (arts. (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGÍSTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDF. CONSTE.