01/2023

Comodoro Rivadavia, 17 de Febrero de 2023.

VISTOS

Estos autos caratulados: "**D. V., M. A. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Acción de amparo**" Expte. N° 01/2023, que tramitan por ante esta Cámara de Apelaciones.

CONSIDERANDO

I.- Se presenta la señora M. A. D. V., en representación de su hijo menor de edad S. A. D. V. –nacido el día 16/03/2011-, con el patrocinio letrado del Dr. G. M. W., e interpone acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, art. 54 Constitución de la Provincia del Chubut, Pactos Internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN, y Ley 24.901, contra el Instituto De Seguridad Social Y Seguros (Obra social Seros) -en adelante ISSYS-, con el objeto de que se la condene a brindar cobertura de "Acompañante terapéutico con formación en educación especial", que invoca como necesario para la trayectoria e integración escolar del niño.

Asimismo, solicita de manera conjunta, medida cautelar contra la accionada, peticionando se ordene cumplir en forma inmediata con la cobertura requerida.

Relata que desde los 7 años de edad- hoy próximo a cumplir 12-, S. fue diagnosticado con el "Síndrome de Tourette", patología que implica tics múltiples en su vocalización, además de otras afecciones relacionadas, asistiendo en consecuencia a diferentes espacios terapéuticos que facilitan su inclusión social y educativa.

Destaca que desde el espacio de Terapia Ocupacional, le indicaron como “sumamente necesario la figura de AT Escolar”, debido al aumento de la exigencia de los contenidos pedagógicos.

Manifiesta que el niño cursa sus estudios de nivel primario en el “Liceo Militar General Roca” de esta ciudad, y si bien hasta el momento ha logrado transitar con cierta dificultad su trayectoria educativa, la figura de AT le proporcionará las herramientas necesarias para continuar con sus espacios de formación e integración.

Asegura que frente a los requerimientos efectuados ante la obra social demandada, la misma se ha negado sistemáticamente –siempre en forma verbal- a brindar la cobertura de salud correspondiente, poniendo en riesgo el derecho a la salud del infante.

Apunta que previo a promover esta acción, remitió a la accionada carta documento CD X., la cual no fue contestada hasta el momento de promover los presentes, a pesar de su debida recepción.

Efectúa otras consideraciones a las cuales me remito por razones de brevedad, acompaña documental y ofrece prueba.

Corrida vista a ISSYS en los términos del art. 7 de la Ley N° 180, contestó el 15/02/23, solicitando el rechazo de la medida cautelar solicitada.

Refiere que la obra social no formuló negativa alguna, y que ante el planteo efectuado por la actora mediante carta documento, contestó en debida forma, requiriendo previamente la presentación de la documentación formal –pedido médico-, ya que antes de

esa solicitud, la afiliada solo había reclamado verbalmente.

Asevera que jamás la demandada se negó a la cobertura, sino que no contaba con los elementos para analizar el pedido, el cual debe ser evaluado por el departamento de auditoría médica. Concluye que no hubo requerimiento formal por parte de la actora, ni análisis exhaustivo desde el punto de vista médico.

Añade que la figura de acompañante terapéutico con formación en educación especial, se corresponde con la esfera del Ministerio de Educación, citando las resoluciones 505/2011 y 439/2018.

Agrega que la procedencia de la medida cautelar solicitada, afectaría el sistema solidario y equitativo, principios rectores del sistema de salud de la Provincia, afectando el interés público del resto de los afiliados.

Efectúa otras consideraciones que tengo presentes, y acompaña documental –respuesta a la carta documento 206068770, de fecha 10/01/23, posterior a la promoción de los presentes, formulando expresa negativa.

II. Conforme la acción iniciada, corresponde decidir la admisibilidad preliminar de la acción de amparo interpuesta y de la medida cautelar peticionada, en beneficio de S. A., quien cuenta con certificado de discapacidad.

La amparista entiende que es procedente la interposición del amparo en los términos del art. 43 de la Carta Magna, 54 de la Constitución Provincial y Ley V N° 84 del Digesto Jurídico Provincial, Pactos Internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN, y Ley 24.901.

Los requisitos de procedencia quedan establecidos por la norma aplicable - arts. 3, 4 y 5 de la Ley V, N° 84 (conf. art. 54 Const. Prov. Chubut y art. 43 C.N.) al decir que se puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente restrinja, altere, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, un Tratado o una Ley. Tal acción debe instaurarse en el plazo de 30 días de producido el agravio o de la fecha en la cual toma efectivo conocimiento el amparista del mismo.

Bajo estas premisas, analizo el presente pedido de amparo.

a.- Existencia del acto lesivo:

Aparece nítido que se trata del rechazo de la cobertura de servicios de salud y educación, al no asignar la obra social el acompañante pedagógico requerido, y prescripto por el médico tratante a favor del niño, que padece “Síndrome de Tourette” y como comorbilidad “Trastorno Obsesivo-Compulsivo” –conforme certificado médico suscripto por el Dr. O. Médico Neurólogo, y pedido de acompañante pedagógico sugerido por el equipo técnico tratante: las Lic. en Psicopedagogía D. E. F., en Psicología A. A. G., y en Terapia Ocupacional M. G. V., conforme documental adunada-, lo que deriva en un perjuicio a su salud, educación y desarrollo integral, pues se trata de un agente facilitador de estrategias para posibilitar el

desarrollo de habilidades de comunicación, cognitivas, autovalimiento y conductas adaptativas .

b.-Temporaneidad de la presentación:

La presentación es temporánea en atención a que con el escrito de demanda se acompaña CD X., recepcionada por el ISSYS CON fecha 21/12/2022, mediante la cual la amparista reclama las prestaciones en beneficio de su hijo, y que interpuesta esta acción no había sido contestada por la demandada –sin perjuicio de la expresa negativa –de fecha 10/01/23 con posterioridad.

Estamos además frente a un acto de "ilegalidad continuada", que determina la temporaneidad de la presentación.

c.- Ilegalidad manifiesta:

Tanto la Constitución provincial como la ley de amparo disponen la procedencia de la vía siempre que en forma actual e inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidas por la Constitución nacional o la provincial.

La calificación de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, a veces en la doctrina y en la jurisprudencia es reemplazada por la de ilegitimidad, revela que el acto lesivo debe mostrar fehacientemente, en su primera apariencia, la violación grosera y ostensiblemente visible del derecho subjetivo de quien promueve el amparo (Bidart Campos, Germán "El control de constitucionalidad en el juicio de amparo y la arbitrariedad o ilegalidad del acto lesivo", JJ, 1969, T 2, p. 169 y ss).

La arbitrariedad e ilegalidad de la omisión achacada a la demandada se patentiza y de manera ostensible si se repara en los hechos denunciados por la peticionante, las constancias arrimadas a la causa –encontrándose acreditado que el niño S. es afiliado a SEROS, su condición de discapacidad y las prescripciones de los médicos tratantes- la negativa es manifiestamente ilegal.

Se trata de derechos constitucionales y convencionales invocados como vulnerados.

Es contundente el marco jurídico conformado por los Tratados Internacionales con rango constitucional que garantizan el derecho a salud integral de la persona con discapacidad y máxime tratándose de un niño.

Es que está protegido por un amplio marco de disposiciones de carácter constitucional, como el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, protegiendo de manera particular a la niñez con cláusulas específicas, previendo en su artículo 1° que tiene por objeto: "… promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (art. 1).

La protección integral prevista en el plano infraconstitucional a su favor, el sistema de prestaciones básicas contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (leyes 22.431 (art. 2); 23.661 y de la 24.091).

Respecto a las obras sociales la ley 24.091, 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), mediante servicios propios o contratados (art.3), entre las que menciona a las prestaciones terapéuticas educativas (art.16).

Esa 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.

Es que en relación al 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.

Por ello se advierte mínimamente la concurrencia en la especie de los presupuestos necesarios del amparo: existencia de acto lesivo que, en forma actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta,

produzca restricción, alteración, amenaza o lesión de derechos tutelados constitucionalmente.

d.- Inexistencia de medio más idóneo:

La amparista alega –y la demandada reconoce en oportunidad de evacuar el informe-, que tras agotar las gestiones verbales, remitió carta documento exigiendo el cumplimiento de la prestación requerida, y ante el silencio y actitud evasiva de la demandada, promueve esta acción de amparo para resguardar a su hijo menor de edad, con discapacidad, a fin que se le reconozca el derecho a la salud y a la educación que se le viene denegando.

A tenor de los derechos fundamentales conculcados y la protección integral que corresponde a S. en carácter de afiliado a SEROS, por su corta edad y condición, no existe un medio más idóneo que la vía intentada.

Asimismo, se da cumplimiento a otras de las exigencias que el STJ del Chubut sentara en su fallo de la causa "G." habiendo la amparista cumplido la carga procesal de demostrar que el amparo incoado no persigue eludir las normas generales, sino que fue interpuesto atendiendo a la previsible inutilidad de los remedios comunes para tutelar en forma efectiva el derecho que dice violentado.

Por todo lo expuesto, y en este estadio inicial, corresponde declarar admisible preliminarmente la acción de amparo interpuesta resolviendo así su admisibilidad de conformidad con lo dispuesto por el art. 7 de la ley V Nro. 84 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut y arts. 43 de la Constitución de

la Nación y 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut.

III. A los fines de resolver la medida cautelar solicitada, cabe preguntarse si aun cuando el objeto de la medida cautelar peticionada pudiera confundirse con el objeto de amparo incoado, ante el agravamiento que implicaría la ausencia del reconocimiento cautelar peticionado, y encontrándose en juego el derecho a la salud, desarrollo e inclusión integral de S., quien cuenta con certificado de Discapacidad se verifican presupuestos comunes a todas las medidas cautelares a fin de disponer su procedencia.

Debe entonces, tenerse en cuenta que las medidas cautelares se erigen en una garantía del buen fin del proceso y como tales, decretadas en interés de la administración de justicia y la seriedad de la función jurisdiccional.

La verosimilitud en el derecho se verifica patente en tanto se encuentra acreditada la existencia de la patología que padece el niño y el tratamiento prescripto por los médicos y profesionales tratantes - el acompañamiento terapéutico con formación en educación especial, se trate de una prestación terapéutica o educativa. El peligro en la demora derivado de tal situación y la omisión de la obra social SEROS de dar respuesta en el tiempo que la circunstancia lo exige, y atendiendo especialmente a la inminencia del inicio del ciclo escolar 2023.

Por ello, a los fines de evitar que se cause perjuicios a la salud y desarrollo del niño, corresponde hacer lugar a la medida cautelar peticionada, sin que pueda pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo

de la materia controvertida en el principal, sino solo uno periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad sobre la existencia del derecho discutido, y la probabilidad de éxito por parte de quien la pretende.

En definitiva, DISPONGO como MEDIDA CAUTELAR y mientras dure la tramitación del presente proceso, que el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT - ISSYS - (Obra Social SEROS), brinde al niño S. A. Del V., de manera inmediata, la cobertura de Acompañante Terapéutico con formación en educación especial en la atención a su patología, en frecuencia y plazo que determine el profesional que se asigne. (arts. 197, 232, 233 y concordantes del CPr.), sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva.

RESUELVO:

1) Declarar la admisibilidad preliminar de la acción de amparo, de conformidad con el considerando respectivo.

2) Correr traslado de la acción interpuesta a la accionada, INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINICA DEL CHUBUT - ISSYS - (Obras Social SEROS), por el plazo de CINCO (5) días, bajo apercibimiento de que la falta de contestación de la acción implica el reconocimiento de los hechos articulados por la accionante, salvo prueba en contrario (conf. art.8 Ley V N° 84, Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut). Notifíquese personalmente o por cédula, conforme Acuerdo Plenario 4950/20.

3) Disponer como medida cautelar mientras dure la tramitación del presente proceso, que el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINICA DEL CHUBUT

- ISSYS - (Obra Social SEROS), brinde al niño S. A. Del V., DNI X. de manera inmediata, la cobertura de "Acompañante Terapéutico con Formación en Educación Especial", necesario para su integración escolar, de acuerdo a su patología, en frecuencia y plazo a determinar por el profesional que se asigne.

4) Señalar audiencia a fin de oír al niño S. A. del V., en los términos del art. 12 de la CDN y 707 del CCyC, conjuntamente con la Sra. Asesora de Familia, para el día 7 de marzo a las 11 hs.

5) Regístrese y notifíquese.

REGISTRADA BAJO EL N° 51 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS