PUERTO MADRYN, de Mayo de 2023

Y VISTOS:

I-) Que, con fecha 04/04/2023 se presentó, con patrocinio letrado, la Sra. **M. I. B.** promoviendo acción de Amparo (art. 43 de la C.N. y Ley Provincial V Nº 84) contra el **INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS de esta Provincia (SEROS)**, solicitando que se ordene su intervención con carácter de urgente en defensa de los derechos consagrados en los Arts. 43, 43, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, Art. 18 inciso 2 y 5, 27 y 30 de la Constitución Provincial, Pactos Internacionales, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos del Hombre, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se ordene a la Obra Social demandada la cobertura integral al 100% de los cuidadores domiciliarios permanentes, asistentes, con los que debe contar durante las 24 horas del día por todo el tiempo que lo requiera según lo prescripto por el Dr. F. P., médico neurólogo, en base a las apreciaciones de hechos y fundamentos de derecho que expone.

II-) Dice tener 88 años de edad, que vive en su domicilio particular, sin tener familiares directos en esta ciudad y padecer deterioro cognitivo desde hace más de 2/3 años, de condición definitiva para las actividades cotidianas debiendo contar las 24 horas del día con un Cuidador Domiciliario y Asistente para las actividades de la vida diaria. Refiere que estas patologías fueron certificadas por el Dr. F. P. (Neurólogo), según surge del certificado médico que en original acompaña.

Se explaya sobre el concepto, características y grados del Deterioro Cognitivo.

Explica que ante la urgencia de las prestaciones y el costo de los honorarios de los Cuidadores Domiciliarios de conformidad con el presupuesto presentado -cerca de $ 600.000.- (Seiscientos mil pesos) por mes- y percibiendo ella un haber jubilatorio de $ 78.963.- (Setenta y ocho mil novecientos sesenta y tres pesos), su situación le imposibilita afrontar el costo de contratar los Cuidadores en jornada completa.

Expresa que presentó una nota en el Instituto demandado (SEROS) el 20 de Marzo de 2023, conjuntamente con la Planilla de Cuidador Domiciliario provista por dicho organismo, intimando al mismo para que en un plazo de cinco días se le informe sobre la cobertura solicitada. Refiere que se hizo presente en su domicilio un auditor de la demandada, quien le informó que oportunamente se le comunicaría la resolución que se tome sobre su pedido. Destaca que con fecha 04/04/2023 fue informada que el Instituto se haría cargo de abonar la suma de $ 50.500.- (Cincuenta mil quinientos pesos) mensuales en concepto de Cuidadoras Domiciliarias, para las tres cuidadoras que se necesitan, cuando el costo real es de $ 600.000.- (Seiscientos mil pesos) por mes.

III-) Afirma que la prestación requerida le es imprescindible y transcribe el texto del certificado médico que acompaña, el que dice: *"Paciente de 88 años con deterioro cognitivo de 2/3 años de condición definitiva para las actividades de la vida diaria. Requiere cuidador y asistente en forma permanente"*. Este instrumento tiene fecha del 06/03/2023 y está firmado por el Dr. F. G. P., Médico Neurólogo.

Refiere la amparista que necesita un Cuidador Domiciliario las 24 horas de lunes a domingo para que realice las siguientes tareas: preparación y administración de comida; control y administración de medicamentos; higiene; vestido; control del gas; cerramiento de puertas; acompañamiento

permanente ante la pérdida de orientación y contexto; realización de compras de alimentos, medicamentos e insumos básicos necesarios para la vida cotidiana.

Cita y transcribe jurisprudencia en apoyo de su pretensión.

Afirma que la demandada no puede desconocer la patología que sufre y la discapacidad que posee y que ampararse en la exigencia de un requisito formal (la emisión de un certificado de discapacidad) para denegar la cobertura de una prestación tan esencial para ella, deviene en un abuso contrario a la moral y a lo normado en el derecho interno como en el internacional; máxime cuando la demandada es una entidad especializada en la materia, que no puede desconocer tal circunstancia y que la existencia de su discapacidad con anterioridad a la emisión de un certificado no puede ser negada o desconocida por la parte demandada.

Citando jurisprudencia afirma que ella es una persona discapacitada (arts. 2 y 9 Ley 24.901) sin que sea necesaria la existencia de un certificado que así lo establezca, pues de lo contrario se estaría afirmando que hasta el momento de su emisión no padecía discapacidad alguna. Agrega que el certificado en cuestión no constituye a la incapacidad como tal a partir de su fecha de verificación, sino que recoge su preexistencia a los ulteriores efectos legales y afirma que debe evitarse que el rigor de las formas conduzca a la frustración de los derechos que cuentan con tutela constitucional.

Remarca que de conformidad con los presupuestos que acompaña de los Cuidadores Domiciliarios y de lo que surge de su recibo de jubilación, se advierte la imposibilidad material de afrontar los gastos de las prestaciones en cuestión. Insiste en que la contratación de las Cuidadoras Domiciliarias que necesita representa un gasto mensual de aproximadamente $ 600.000.- (Seiscientos mil pesos), que la demandada le ha ofrecido solamente cubrir la

suma de $ 50.500.- por mes y que ella percibe de jubilación la suma de $ 78.963.- mensuales.

IV-) Con respecto al acto lesivo, afirma que el mismo está configurado por la omisión del Instituto (SEROS) de cubrir el 100% del costo que representa contratar los cuidadores domiciliarios permanentes que necesita durante las 24 horas del día, durante todo el tiempo que lo requiera, como asimismo la prestación de un asistente para la vida diaria, conforme fuera intimado mediante la nota que acompaña del 20/03/2023 y por su imposibilidad de hacer frente a su costo.

V-) Solicita una **MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA** que ya fue objeto de tratamiento y a la cual oportunamente hice lugar conforme consta en autos. La misma consistió en ordenar al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (SEROS) a que en forma inmediata proceda a cubrir/solventar la totalidad del costo que represente para la accionante la intervención de los Cuidadores/Asistentes Domiciliarios Permanentes, durante las 24 horas por día por todo el tiempo que lo requiera su estado de salud según lo prescripto por el Médico Neurólogo que la asiste Dr. F. G. P. y/o el profesional médico que eventualmente lo reemplace en el futuro. En caso de no contar el Instituto con prestadores para dar cumplimiento a lo que aquí se le ordena, deberá cubrir el valor total vigente para los referidos servicios en la zona. Se deja constancia que el Instituto demandado deberá concretar de manera directa el pago por sus servicios a cada uno de los Cuidadores/Asistentes que sean contratados para atender a la accionante. Cabe destacar que la referida medida cautelar innovativa se encuentra firme a la fecha, y sin denuncia de incumplimiento al respecto.

VI-) Esgrime que la vía del Amparo resulta procedente por cuanto la omisión lesiona, en forma actual e inminente, derechos y garantías expresamente establecidos en la Constitución Nacional y Tratados y/o Convenios Internacionales con jerarquía supralegal incorporados por el Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna y el art. 18, inc. 2º y 22 de la Constitución Provincial, afirmando que no existe una vía judicial más apta que la acción de amparo para proteger sus derechos.

Y CONSIDERANDO:

I-) Que, corrido el correspondiente traslado de la acción instaurada al Instituto demandado, el mismo fue notificado y no se presentó a contestar la demanda dentro del plazo de dos (2) días que le fuera otorgado para ello. La parte demandada se presentó en autos el día 05 de Mayo del corriente año (ID 1064368) mediante el escrito que titula: ***"CONTESTA DEMANDA. SE ALLANA"***. En dicha presentación, acredita personería el letrado interviniente por SEROS y acompaña informes expedidos por la institución relacionados con la petición formulada por la amparista.
En razón de que el Instituto demandado no contestó la demanda en tiempo y forma, su presentación antes referida resultó extemporánea a esos efectos y de allí que se tuvo por no contestada la misma con fecha 09/05/2023.

II-) Que, si bien es cierto que la accionada no contestó en tiempo y forma el traslado que se le confiriera de la acción instaurada por la amparista, en su primera presentación -y en lo que aquí interesa- dice: *"…vengo en tiempo y forma a contestar la acción de amparo entablada en contra de mi mandante por la actora,* ***manifestando el allanamiento a la misma en forma real, total, oportuna, incondicionada y efectiva****, solicitando en consecuencia la exención de*

*costas o que las mismas sean impuestas en el orden causado…; …**Mi mandante se allana a la pretensión de la actora en cuanto a la cobertura**…; …**el allanamiento aquí planteado a la pretensión de la actora se realiza en forma real, total, oportuna, incondicionada y efectiva**…; …**el allanamiento realizado es en forma real, total, oportuna, incondicionada y efectiva**…: …**se tenga por formulado el allanamiento en forma real, total, oportuna, incondicional y efectiva**…"* (el destacado es propio).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado y las constancias de autos, si bien es cierto que SEROS no contestó en tiempo y forma el traslado que se le confiriera de la demanda entablada por la actora, de su extemporánea presentación como contestación de la demanda, surge con nitidez su **"allanamiento"** a la pretensión de la reclamante y el mismo debe ser aquí considerado.

Ello es así porque el allanamiento para que sea oportuno debe realizarse antes de que se dicte la sentencia, en cualquiera de las etapas del desarrollo del proceso. De ello se sigue que es admisible en cualquier estado del juicio anterior a la sentencia (conf. ALSINA, *"Tratado"*, 2ª. edic., T. III, pág. 185 "b"; ROSENBERG, L., *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, trad. Castellana, Bs. As., 1955, pág. 337, 131; SCBA, Ac. y Sent., 1963, I, pág. 156; Cám. 2ª., Sala II, La Plata, causa B-1788, reg. sent. 98/61; DJBA, 63-218). El art. 310 del Código Procesal Provincial al hablar de la *oportunidad* y efectos del allanamiento establece que el demandado podrá allanarse en cualquier estado de la causa, siempre que sea anterior a la sentencia (conf. CNCom., Sala A, 09/12/68, La Ley, 135-1196, 21.516-S; Cám.Nac.Esp.Civ.Com., Sala II, 16/04/68, La Ley, 132-138).

En cuanto a sus efectos, es un acto unilateral que produce sus efectos desde la presentación del escrito en que lo formula el demandado y por la sola voluntad de la parte, sin que la intervención que pueda corresponder a la

otra o a los profesionales intervinientes tenga incidencia alguna en cuanto a la existencia o no del allanamiento (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, pág. 287; DJBA, 101-117; La Ley, 154-9).

Por otra parte, la sumisión a la pretensión de sentencia, conduce a liberar a las partes de las cargas procesales y el juez en tal caso debe llamar "autos para sentencia" y emitir de inmediato la sentencia de mérito. Como explica CARLO CARLI, *"el allanamiento no extingue la pretensión, sino que la fortalece, y como la pretensión del actor tiende a que se condene al cumplimiento de la prestación o a la creación de un estado jurídico o la eliminación de una incertidumbre, siempre será necesaria una sentencia del juez para cumplir esos efectos"* (conf. *"La demanda civil"*, pág. 159).

Es que en el régimen instituido por el artículo 307 del CPCC (art. 310 CPCC Provincial) el allanamiento no tiene fuerza decisoria como que no exime al juez de la obligación de emitir el correspondiente pronunciamiento judicial (conf. Cám.Nac.Fed.Civ.Com., Sala II, 25/08/70, JA, 1970, 8-447; La Ley, 141631, 25.259-S) sea bajo la forma de una sentencia sobre el fondo del asunto, sea bajo la de una simple interlocutoria según las modalidades de la cuestión, como surge de los propios términos del texto legal (conf. CNCiv., Sala F, 08/03/85, La Ley, 1985-D-472; DJ 1985, 56-808; ED, 114-663, 82 SJ; Cám.Nac.Esp.Civ.Com., Sala III, 24/03/75, BCNECyC, 591, Nº 7830).

Es así que la sentencia de allanamiento se emite conforme a derecho, debiendo el juez examinar todos los presupuestos de la pretensión, e inclusive puede desestimar la demanda si ellos no concurren.

A modo de recapitulación parcial, cabe puntualizar que el allanamiento no termina el proceso, sino que únicamente tiene por efecto que el tribunal dicte una sentencia final conforme a derecho (conf. Cám.2ª., Sala II, La Plata, causa B-23.903, reg. int. 430/68; ídem, Sala III, causa 90.567, reg. int. 336/58). Y cuando se está frente a derechos disponibles, y no aparece comprometido el

orden público, ni las reglas de la moral o las buenas costumbres, el órgano jurisdiccional puede emitir una sentencia de mérito de acuerdo con los términos formulados en la demanda, en cuanto aquélla resulta arreglada a derecho (conf. CARLO CARLI, *"La demanda civil"*, págs. 159/160; PODETTI, *"Tratado de los actos procesales"*, 1ª. edic., Nº 111, págs. 388/390; MORELLO – PASSI LANZA – SOSA – BERIZONCE, *"Códigos Procesales"*, 1ª. edic., T. IV, pág. 13 "e" y pág. 46; Cám.2ª., Sala I, La Plata, causa B-41.985, reg. int. 222/76; B-45.692, reg. sent. 14/79).

III-) Que, tengo presente el dictamen formulado oportunamente en estos actuados por la Sra. Asesora de Familia con fecha 12 de Abril de 2023 (ID 1033460) y su conclusión con respecto a que, sin perjuicio de lo señalado en el mismo, este proceso debe continuar con su tramitación por cuanto la capacidad de obrar es la regla, encontrándose vulnerado el derecho a la salud de la actora, que requiere urgente atención.

La Sra. B. reviste el carácter de persona con discapacidad no resultando equiparable a una persona incapaz en el sentido jurídico (art. 3 Ley 26.657), toda vez que no existe sentencia judicial que determine que la nombrada no resulta una persona plenamente capaz, conforme la regla de presunción de capacidad de la persona.

Corresponde destacar que nos encontramos en presencia de una persona en clara situación de vulnerabilidad, respecto de quien deben extremarse las herramientas procesales y jurídicas necesarias a fin de asegurar su debida protección judicial en función de su condición de debilidad jurídica.

IV-) Que, con fecha 05 de Mayo de 2023, se presentó el Instituto accionado a través de su letrado apoderado y se allanó al reclamo de la actora, conforme lo he referido supra. Según lo expresado en la presentación referida, el

allanamiento lo hizo en forma real, total, oportuna, incondicionada y efectiva.

V-) Que la amparista, luego de efectuar el reclamo pertinente por ante el Instituto demandado (SEROS), tal como se acredita mediante la documentación que acompaña y la aportada también por la demandada, interpuso acción constitucional de Amparo contra la decisión del Instituto que dispuso autorizar a la afiliada la suma de $ 50.500.- (Cincuenta mil quinientos pesos) mensuales durante doce (12) meses, para el pago del Cuidador Domiciliario que la salud de la misma requiere conforme dictamen médico que también obra en estas actuaciones (ver "Planilla Solicitud de Cuidador Domiciliario", "Solicitud de Beneficio por Cuidados Domiciliarios" y el "Certificado Médico" del 06/03/23 firmado por el Médico Neurólogo F. G. P.). La accionante pretende obtener la urgente cobertura asistencial integral consistente en el 100% del costo que le representa el servicio de tres (3) Cuidadores/Asistentes Domiciliarios permanentes durante las 24 horas del día por todo el tiempo que su estado de salud lo requiera. Viene al caso destacar que la decisión del Instituto demandado fue autorizar solamente a favor de la actora por este servicio la suma de $ 50.500.- mensuales, cuando el costo mensual -a la fecha de interponer la acción de amparo- era de aproximadamente $ 600.000.- Este servicio ha sido indicado por su médico neurólogo tratante para así brindar debido cuidado a su salud integral y evitar consecuencias adversas toda vez que reviste el carácter de persona con una evidente discapacidad (padece deterioro cognitivo desde hace más de 2/3 años, de condición definitiva para las actividades cotidianas) debiendo contar las 24 horas del día con un Cuidador Domiciliario y Asistente para las actividades de la vida diaria. En razón de la realidad socioeconómica y familiar de la accionante (jubilada que percibe

un haber jubilatorio de $ 78.963.- mensuales, sin familiares que la asistan), la suma autorizada por la demandada resulta manifiestamente insuficiente.

Cabe destacar que nuestra propia Constitución Nacional elevó la acción de amparo al mismo nivel de los derechos que pretende proteger, estando fuera de toda duda que *"no se requiere agotar la instancia administrativa para demandar el amparo"* (conf. GELLI, M.A., *"Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada"*, Edit. La Ley, 2ª. edic., 2003, págs. 390 y 392). Amparo que goza de una doble naturaleza jurídica (ver SPOTA, A., La Ley, Bs. As., 03/03/2000 y en "Revista de Derecho Procesal" Nº 4, Edit. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2000).

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el señero caso *"Kot"* (CSJN, 05/09/1958) sostuvo: *"Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá a los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo"*.

Y más aún cuando se trata de cuestiones i.cindiblemente vinculadas al derecho a la salud integral, la acción de amparo a criterio de Augusto Mario Morello, se configura como lo que él denominó *"el amparo salutífero"* (conf. MORELLO, A.M., *"El amparo como técnica procesal principal de protección de la salud"*, La Ley BA, 2002, 405).

El amparo llega entonces hasta nuestros días como una vía expedida y rápida con la que cuenta toda persona contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, siempre y cuando no exista otro medio judicial más idóneo (conf. (CAMPS,

C.E., *"El amparo como vía más eficaz para la protección de derechos, hoy"*, LLOnline AR/DOC/4305/2017).

Sin perjuicio del "allanamiento" efectuado por la parte demandada a la acción interpuesta por la parte actora, corresponde hacer unas breves consideraciones sobre el deber de cobertura asistencial del Instituto demandado.

Cabe destacar que como pauta interpretativa impera el objeto social de las obras sociales, empresas de medicina prepaga y demás entidades destinadas al cuidado de la salud, la prioridad de su compromiso social y el no supeditar un derecho de salud a las fluctuaciones del mercado, ni a resoluciones administrativas, ni menos aún "economizar" la salud de un paciente (conf. CSJN, Fallos: 323:1339; 323:3229; 324:3569; 324:754; 324:677; 330:3725, entre otros). No hay ninguna duda que le cabe como obligación a su cargo por parte de la demandada, realizar todos los fi. del Estado en materia médico asistencial para sus afiliados. Tampoco puede dudarse que el Instituto en cuestión debe otorgar una cobertura integral a la persona con discapacidad que la necesite, siempre dentro del cumplimiento de los fi. médicos asistenciales de la Institución; no me resulta razonable pensar que se permita a SEROS cercenar -mediante disposiciones o resoluciones internas- la indicada finalidad protectora.

Consecuentemente y -reitero- sin dejar de tener en cuenta el "allanamiento" de la accionada, la negativa de la misma a brindar cobertura asistencial integral al servicio de Cuidador Domiciliario permanente con el alcance y extensión requerido por la amparista, carece de motivación y fundamentación suficiente y por ello se trata de una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima que torna procedente la acción constitucional de amparo contemplada por el art. 43 de la Constitución Nacional, su similar de la Constitución Provincial y la Ley V Nº 84.

Se está aquí ante una clara omisión del cumplimiento de los fi. de la creación del Instituto demandado y de los deberes prestacionales a su cargo que deviene manifiestamente arbitraria, en desmedro de derechos, garantías y valores constitucionales. De aceptarse la postura originaria y cuestionada de la accionada -que motivó la promoción del presente amparo- implicaría legitimar un "desamparo" en el día a día de una afiliada afectada de un grave cuadro de discapacidad y que se encuentra prácticamente sola para afrontar su vida cotidiana en el contexto de un cuadro familiar no continente, que cercena en el caso, por omisión, el derecho constitucional a la protección de su salud integral (conf. Juzg. Correcc. Nº 4 Mar del Plata, *"D., B.I. c. I. s/ acción de amparo"*, 23/12/2019, LLOnline AR/JUR/63777/2019).

VI-) Que, emerge aquí como principio rector el sentado por la CSJN en el sentido que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (conf. *"Campodónico de Beviacqua, Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas Sanitarios y Banco de Drogas"*, 24/10/2000, Fallos: 323:3235).

A partir del referido criterio rector, cabe aquí ponderar de manera particular que la acción incoada tiende a la protección inmediata de un derecho humano no patrimonial (conf. MORELLO, A.M. y MORELLO, G.C., JA, 2005-III, fasc. 5).

Se ha explicitado también con justeza que *"el derecho a la salud se encuentra explícitamente formulado en los arts. 41 (referido al medio ambiente), 42 (referido a la relación de consumo y de usuario de servicio público), 75 inc. 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a la salud) y 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr igualdad real). Asimismo, se ha*

argumentado que el derecho a la salud se encuentra también reconocido en los arts. 14, 14 bis, 18 y en especial, 19 y 33 CN" (conf. CLERICO, L., nota a fallo de la CSJN, 08/04/2008, *"Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud SA"*, bajo el título: *"El derecho a la salud, los períodos de carencia respecto del PMO y las prepagas. El caso Euromédica"*; JA, Suplemento Especial, Jurisprudencia de la CSJN, 2008-III-339, págs. 67/75).

VII-) Que, en situaciones como la aquí planteada, la accionante afectada de una discapacidad importante y que se encuentra prácticamente sola para afrontar la vida cotidiana, resulta altamente vulnerable (conf. KOTTOW, M., *"Vulnerabilidad, Susceptibilidades y Bioética"*, en revista jurídica Lexis Nexis JA, Número Especial Bioética, Bs. As., 23/07/2003, págs. 23 y sigs.), situaciones en las que resulta insuficiente la aplicación del tradicional "principio de igualdad" por lo que debe aplicarse el principio de "diferencia", que se traduce en un "plus" en beneficio de las personas más "desventajadas", o "en particular situación de vulnerabilidad" (ver RAWLS, John, *"Teoría de la Justicia"*, FCE, México, 1979). En nuestro lenguaje constitucional, se trata de "medidas de acción positiva" (art. 75 numeral 23 CN) o lo que otros autores han denominado "discriminación inversa".
Es que la legislación debe contemplar el derecho de la parte más débil en un sistema de protección a favor de no incurrir en lo que Ferrajoli denomina *"indiferencia por las diferencias"* quedando las partes libradas a las relaciones de fuerza (conf. ARAZI, R., *"Flexibilización de los principios procesales"*, Revista de Derecho Procesal en vísperas del bicentenario, Rubinzal-Culzoni, 2010, págs. 109/127).
En igual sentido se expidió la SCJBA con fecha 24/04/2013 en autos *"M., F.A. c. O. s/ amparo"* al sostener que incurre en absurdo la sentencia que -sin fundamentación suficiente- desestimó la acción de amparo por la cual se

procura el otorgamiento de una cobertura integral (conf. DJ 11/09/2013, pág. 55).

Recordemos que tratándose de una persona con discapacidad la misma goza de preferente tutela constitucional (arts. 75 inc. 23 CN, Ley 26.378 -que aprueba la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad-, hoy Ley 24.901).

Por su parte, la CSJN a través de una sentencia del 30/09/2008 (DJ 2008-122439, Fallos: 331:2135, causa *"I. C. F. c. Provincia de Buenos Aires"*) revocó la resolución de la SCBA por la que no hacía lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes, en el marco de una acción de amparo interpuesta contra el I. tendiente a la obtención de cobertura integral de la prestación educativa que recibía en una escuela especial una niña con discapacidad. Ello con sustento en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, aprobada por la Ley 26.378 que se aplicarán a "todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones" y en claras normas locales de rango constitucional, dirigidas a garantizar a las personas con discapacidad su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales (ver también resolución de la CSJN, 19/03/2014, LLOnline AR/JUR/3705/2014).

En razón de ello es que existe un "deber de especial cuidado en el cumplimiento de las obligaciones fundamentales cuando atañe a una persona perteneciente a uno -o varios- de los rangos desaventajados del art. 75 inc. 23 CN, entre ellos las personas con discapacidad" (conf. CLERICO, L., *"El derecho a la salud de las personas con discapacidad"*, nota a fallo de la CSJN, págs. 24, 25 y sigs., en JA Suplemento "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Coordinador: Alberto F. Garay (2010-II, Bs. As. 19/05/2010).

El derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales y a beneficiarse de dichos servicios, a fin de que las personas con discapacidad puedan ser autónomas -en el máximo grado posible-, evitar otras discapacidades y promover su integración social. Del mismo modo, estas personas deben tener acceso a servicios de rehabilitación a fin que logren *"alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía"* (art. 3, Normas Uniformes). Todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad (conf. VILLAVERDE, M. S., *"La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), En clave de derechos civiles y políticos"*, págs. 20/58, en "Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", JA, Número Especial 2008-III, Bs. As., 27/08/2008, Coordinador Pablo O. Rosales).

Cabe aquí remitirnos al voto del Ministro Rosatti -disidencia parcial- en fallo de la CSJN del 11/12/2018, in re *"O., P.E. y otra c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios"* (JA 26/06/2019, 2019-II-fasc. 13, págs. 63/70), cuando sostiene que *"en el orden constitucional argentino, la reforma introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial, mediante la adopción de discriminaciones inversas para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad. El art. 75 inc. 23 ha dotado a las personas con discapacidad con preferente tutela, al disponer que corresponde al Congreso Nacional "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"*.

En este orden de ideas y con relación a la amplitud de este derecho, la propia Corte Federal ha expresado que *"el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el art. 18 de la CN, requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75 inc. 22), entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25.2 a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1)"* (conf. Fallos: 339:740).

Lo cierto es que la igualdad en el diseño constitucional supone conjugar el tradicional alcance del art. 16 con la implementación de las acciones positivas del art. 75 inc. 23. Semejante concepción impone consagrar tutelas diferenciadas y preferentes que favorecen, como ya hemos destacado, ciertos derechos y situaciones a los que se considera, en el mandato constitucional, menesterosas de protección. Los derechos sensibles y la justicia reforzada (conf. BERIZONCE, R.O., *"Justicia de acompañamiento o protección"*, pág. 9 y sigs., JA, 2019-I, fasc. 6, Bs. As., 06/02/2019, JA, Número Especial El Derecho en Evolución (Parte I), en memoria del Dr. Augusto M. Morello, Directores Roberto O. Berizonce, Ramiro Rosales Cuello y fallo de la CSJN, Fallos: 331:819, 24/06/2014, *"U. de U. y C. c. E. – MO V.E. y otros s/ amparo"*).

Esta preferente tutela constitucional de los principios, normas y valores en juego, encuentra sustento normativo en el "bloque de constitucionalidad" en concordancia con el "derecho subconstitucional" tanto nacional como provincial, atinentes a la asistencia y protección integral de personas con discapacidad.

Sin perjuicio de la responsabilidad que cabe de modo directo al Estado (sea provincial o nacional) en lo que respecta a la debida tutela del derecho a la salud de la población, en el caso de los afiliados al Instituto demandado

(SEROS) la intervención estatal resulta indirecta a través de la regulación y contralor de esa entidad dentro del marco de las prestaciones que tal ente asume frente a sus afiliados. Y más aún es relevante la cuestión planteada tratándose -en este caso- del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), el cual ha sido creado para cumplir una verdadera función social como integrante de nuestro complejo sistema de salud. Su actividad debe encaminarse a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (conf. esta Cámara in re *"P., O. c/ Seros Chubut s/ Acción de Amparo"*, sent. 20/08/19, reg. Nº 07/19).

De allí que no hay ninguna duda que recae sobre la demandada en forma directa la satisfacción de la prestación requerida en la presente acción de amparo.

Para arribar a esta conclusión juzgo que las exigencias administrativas impuestas unilateral y discrecionalmente por el Instituto demandado, a través de disposiciones/resoluciones de carácter interno, no pueden prevalecer sobre el bloque normativo con jerarquía constitucional desarrollado precedentemente. Dicho con otro giro, toda la legislación y principios de protección y garantía del derecho a la salud no pueden ser relativizados, aminorados y menos aún, desconocidos por cuestiones de índole reglamentaria.

Una solución contraria implicaría incluso desconocer el mandato contenido en el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, que incorpora como criterios interpretativos de la ley -además de sus palabras y finalidades-, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En este orden de ideas, prima en el caso la garantía de acceso a la jurisdicción de una ciudadana frente a un acto arbitrario que afectó sus derechos constitucionales, con lo cual se hallan reunidos los extremos a los que alude el art. 43 de la Constitución Nacional.

Si a lo hasta aquí desarrollado y fundamentado, le incorporamos el "allanamiento" expreso de la parte demandada a la acción instaurada en su contra y que consta en su primera presentación en autos, es de toda evidencia que resulta procedente hacer lugar a la acción de amparo y condenar al Instituto demandado conforme a lo solicitado por la amparista.

VIII-) La imposición de las costas del proceso.

La parte demandada al presentar su "allanamiento" en estos actuados solicitó la eximición de las costas del proceso en razón de haberse allanado en forma real, total, oportuna, incondicionada y efectiva o que las mismas sean impuestas en el orden causado. En su presentación del 11/05/2023 (ID 1071456), la parte actora se opuso a dicha petición de la accionada y solicitó que se le impongan a la misma las costas de este proceso.

Si bien no dejo de tener presente que el Instituto demandado en su primera presentación en autos se allanó a la pretensión de la parte actora, en modo alguno se han dado las condiciones para eximirlo del pago de las costas del proceso. Es de advertir que, si bien la demandada hizo su presentación mediante su escrito al que tituló: "Contesta Demanda", la presentación no fue efectuada en el tiempo que se le acordó en estos actuados para cumplimentar con dicha actuación procesal y la misma se concretó fuera de término. Por lo tanto, la accionada no contestó la demanda en tiempo y forma, conforme se resolviera oportunamente en estos actuados.

De todos modos -ya lo dije antes aquí- la presentación de la accionada tiene su valor como "allanamiento" total a las pretensiones de la accionante

amparista. Pero, conforme lo explicaré seguidamente, ello no alcanza para eximirla del pago de las costas de este proceso.

Es que el allanamiento a la demanda, como causal de exoneración de las costas, está condicionado por la conducta del vencido. Para que se lo exima de las mismas es menester que no se encuentre en mora con anterioridad a la promoción del juicio o que no haya originado por su culpa la necesidad de la iniciación de la demanda (conf. ALSINA, *"Tratado"*, 2ª. edic., T. IV, pág. 542, "b"; SENTIS MELENDO, *"El allanamiento a la demanda y la imposición de costas"*, Rev. Der. Proc., año IV, 1er. trim., 1948, N° 1, pág. 314; Cám.C.C.1ª.B.Blanca, La Ley 131-86; Cám.1ª., Sala III, La Plata, JA, 1966, IV, pág. 399; La Ley 144-567, 27.331-S; Causas 174.074, Reg. 7/79; 178.991, Reg. 101/80; entre muchas otras).

En este caso, es indudable que por su culpa el Instituto demandado originó la necesidad de la actora de promover la demanda (acción de amparo). Esto ya es suficiente para imponerle las costas del proceso.

Debe tenerse en cuenta que si bien aquí el demandado se presentó y al contestar la demanda (fuera de término) dijo "allanarse" a la misma, ello no lo exime de las costas porque ha sido tardío.

Del relato de los hechos acaecidos en el caso que surgen de la demanda y de la documentación aportada al efecto como sustento de los mismos, se advierte con clara evidencia que la conducta de la accionada obligó a la amparista a la promoción de este juicio. De allí que quien hace necesaria la intervención del tribunal por su conducta -acción u omisión-, debe soportar el pago de las costas que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho (conf. Cám.2ª.Civ.Com., La Plata, Sala I, C. A-28.711, reg. sent. 137/75), o sea, fue la parte demandada quien con su proceder en la etapa prejudicial dio motivo suficiente para que la actora se viera en la obligación de litigar.

Es que surge de autos que el Instituto demandado no cumplimentó su obligación de brindar la cobertura del 100% requerida por la accionante sino hasta después de dictada aquí la medida cautelar, pese a que existía una orden del médico tratante que justificaba las razones por las cuales debía brindar la cobertura de la prestación requerida y que conocía la condición de la afiliada. Por ello, ante la demora incurrida por la accionada en el cumplimiento de sus obligaciones respecto a la beneficiaria y frente al riesgo que implicaba para su salud, la amparista se vio obligada a promover la presente acción en defensa de sus derechos.

Asimismo, debe considerarse que se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia. En tal sentido, no advierto que se hayan acreditado razones que permitan apartarse del principio general que impone las costas del proceso a quien resulta perdidoso en el mismo (conf. Cám.Fed.Apel.San Martín, Sala II, 28/04/2022, *"R. A., G. I. en rep. de D. S. R. c. O. s/ P. médicas"*, LLOnline AR/JUR/91393/2022).

Por lo tanto, quedando en claro que la conducta del Instituto demandado dio lugar a la promoción de este proceso, es de una total evidencia que no corresponde cargar con los gastos necesarios para el reconocimiento de su derecho a quien se vio obligado a litigar para ello (conf. CNFed.Cont.Adm., Sala V, 12/02/2002, DJ, 2003/03/12, p. 639; DJ, 2003-1, p. 639; CNCiv., Sala K, 25/03/2003, DJ, 2003/06/18, p. 470; DJ, 2003-2, p. 470).

En razón de lo hasta aquí fundamentado, deviene inevitable rechazar la pretensión de la accionada, dado que no le asiste la razón en su solicitud de ser eximido de las costas del juicio o que las mismas sean impuestas en el orden causado (conf. art. 17 Ley V N° 84 y art. 69 CPCC).

IX-) Por todo lo expuesto, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales efectuadas y particularmente lo normado por los arts. 33, 42, 43 y 75 incs. 18, 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional; arts. 9, 10, 17, 18, 19, 22, 25, 26, 29, 30, 31, 54 y concs. de la Constitución Provincial; arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; arts. 4, 5 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales -todos con rango constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- y disposiciones de la Ley Provincial V N° 84, **FALLO:**

Primero: Haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. **M. I. B.** contra el **INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (SEROS)**, por haber denegado sin fundamento admisible la cobertura asistencial total requerida, vulnerando así sus derechos a la salud integral y, en consecuencia, los de legalidad, razonabilidad y supremacía constitucional.

Consecuentemente, el **INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (SEROS)** deberá cubrir/solventar la totalidad (100%) del costo que represente para la accionante la intervención de los "Cuidadores/Asistentes Domiciliarios Permanentes" durante 24 horas por día por todo el tiempo que lo requiera su estado de salud según lo prescripto por el Médico Neurólogo que la asiste, Dr. F. G. P. y/o el profesional médico que eventualmente lo reemplace en el futuro. En caso de no contar el Instituto con prestadores para dar cumplimiento a lo que aquí se le ordena, deberá cubrir el valor total vigente para los referidos servicios en la zona. Se deja constancia que el Instituto demandado deberá concretar de manera directa el pago por sus servicios a

cada uno de los Cuidadores/Asistentes que sean contratados para atender a la accionante.

Segundo: Imponer las costas al vencido **INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (SEROS)** (art. 17 Ley V N° 84 y art. 69 CPCC).

Tercero: Regular los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. P. D. G. y G. C., en conjunto, en Cuarenta (40) Jus y los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. M. J. R. C., en Treinta (30) Jus (art. 35 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder.

Cuarto: Regístrese. Notifíquese.

Registrada bajo N° /23 SDCA