

## Prestaciones A Cargo De La Obra Social Menor Discapacitado Parálisis Cerebral

### JURISPRUDENCIA

Prestaciones a cargo de la obra social. Menor discapacitado. Parálisis

cerebral

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la obra social demandada que preste inmediata cobertura a un niño discapacitado con parálisis cerebral al 100% de las prestaciones solicitadas: tratamiento de rehabilitación de psicología, psicopedagogía, fonoaudiología, neurokinesiología, terapia ocupacional, natación y acompañante terapéutico.

Paraná, 25 de junio de 2015. Y VISTOS: Estos autos caratulados: ?ORTIZ, LORENA

KARINA CONTRA OBRA SOCIAL DE CONDUCTORES DE TRANSPORTE DE COLECTIVOS DE PASAJEROS SOBRE

AMPARO LEY 16986?, Expte. N FPA 5496/2014, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Paraná, y; CONSIDERANDO:

I- Que, llegan estos actuados a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por la accionada

a fs. 75/76 contra la resolución de fs. 72/74 vta. que, hace lugar a la acción de amparo y, en su mérito, ordena a la Obra Social de

Conductores de Transporte de Colectivo de Pasajeros preste inmediata cobertura al niño --- al 100% de las siguientes prestaciones:

psicología, psicopedagogía, fonoudiología, neurokinesiología, terapia ocupacional, natación (en el lugar más próximo al domicilio

del menor) y acompañante terapéutico (6 hs., diarias 365 días al año), conforme indicaciones médicas que obran en autos; ordena

que ello será realizado sin ningún otro recaudo formal burocrático por intermedio de los prestadores propios de la accionada y para

el caso de no tenerlos deberá liquidar a la actora en tiempo y forma el monto equivalente al valor nomenclador, y según especialidad,

para la prestación. Impone las costas a la demandada, regula honorarios y tiene presente las reservas efectuadas. El recurso se

concede a fs. 80 y vta., se contestan a fs. 81/84 vta. y quedan los autos en estado de resolver a fs. 88. II- a) Se agravia la apelante

por cuanto sostiene que el a-quo omite fundar y realizar consideración alguna respecto al planteo de inadmisibilidad de la acción

conforme el art. 2 de la ley 16986. Sostiene que se encuentra vulnerado el inciso 5) de la norma en cuestión, el cual exige que el

amparo sea promovido dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse. Expone

que se encuentra al día con el pago de psicopedagogía, fonoudiología, neurokinesiología y terapia ocupacional, y que en relación a

natación, el a quo omite valorar que no se encuentra prevista como prestación de discapacidad, que su eficacia sería improbadada y que

el establecimiento al que se pretende llevar al menor no cuenta con habilitación. También se agravia en cuanto se condena a su

parte a otorgar la prestación de acompañante terapéutico por 6 horas diarias cuando en años anteriores se otorgó a la misma

amparista menos. Por último, se agravia de la imposición de costas a su parte y mantiene la reserva del caso federal. b) Que la

actora contesta agravios y, por los argumentos que expone, solicita la confirmación de la sentencia dictada. III- Se presenta la

Sra. Lorena Karina Ortiz, en nombre y representación de su hijo discapacitado, y promueve acción de amparo contra la Obra Social

de Conductores de Transporte de Colectivo de Pasajeros, con el objeto de obtener con carácter urgente, la cobertura al 100%

correspondiente al costo del tratamiento de rehabilitación de psicología, psicopedagogía, fonoaudiología, neurokinesiología, terapia

ocupacional, natación y acompañante terapéutico para el menor --- como afiliado discapacitado de esa obra social y conforme

legislación vigente. Que, el magistrado de la instancia inferior, acogió la pretensión principal y contra dicha decisión se alza el

apelante. IV- a) Que, en forma liminar, corresponde señalar que solo se abordarán aquellas cuestiones que, constituyendo

agravio, hayan sido introducidas con un sólido planteo argumental y que, además, resulten conducentes para el tratamiento de la

cuestión traída al Tribunal. Cabe aclarar que el escrito presentado no constituye una crítica concreta y razonada del fallo en cuestión,

pero se procederá a su tratamiento en función del amplio criterio de este Cuerpo. b) Que, previo al tratamiento del mérito de la

cuestión, corresponde tratar el planteo de caducidad. Alega la demandada que el juez a quo no se pronunció sobre el planteo

efectuado por dicha parte respecto de la improcedencia de la acción. Sostiene que la carta documento enviada por la actora fue

contestada por su parte el 15/05/14, por lo que se encuentra vencido el término legal de admisibilidad que consagra la ley. Si bien

es cierto que hubo una omisión del sentenciante en cuanto no se expidió sobre el punto, no menos cierto es que las circunstancias

fácticas planteadas en autos y la naturaleza de la pretensión impiden viabilizar lo solicitado. Y es que no puede dejar de valorarse

que en el presente caso se está debatiendo acerca de la salud de un niño discapacitado, y que el derecho a la salud es el primer

derecho natural de la persona humana, preexistente a toda la legislación positiva y que resulta de principal rango garantizado por la

Constitución Nacional (C.S.J.N., ?Imbrogno, Ricardo c/ IOS s/ Amparo?, Fallos 324:3076). Asimismo, la Corte Suprema de

Justicia de la Nación ha dicho que el escollo que importa el citado artículo 2 inciso e) de la Ley 16986 no es insalvable en la medida

en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad,

tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho

único, ya pasado, cuyo juzgamiento tardío comprometa la seguridad jurídica ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que

en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias (Fallos: 307:2174, dictamen del señor Procurador General, considerando 9 y disidencia parcial del juez Moliné O'Connor en Fallos: 318:1154). En virtud de ello el juez a quo pudo razonablemente entender que la acción de amparo estaba interpuesta en término por lo que no corresponde el acogimiento del planteo deducido. c) Seguidamente, y avocando este Cuerpo a la cuestión medular, cabe destacar que el niño ---, de 6 años de edad, se encuentra amparado por las disposiciones de las leyes 22431 ?De protección integral de los discapacitados? y 24901 con la que el Estado Nacional instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1 ) -cfr. certificado de discapacidad de fs. 3-. Tal sistema fue puesto a cargo de las obras sociales comprendidas en el artículo 1º de la ley 23660 respecto de las personas afiliadas a las mismas (art. 2 ), y a cargo del Estado cuando las personas con discapacidad carecieren de cobertura de obra social (art. 4 ). Que, el art. 39 inc. a) de la ley 24901 establece que, los entes que presten cobertura social deberán reconocer a favor de las personas con discapacidad ?Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así lo determinen las acciones de evaluación estipuladas en el art. 11 de la presente ley?; el cual dispone que ?Las personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal, programas preventivo ? promocionales de carácter comunitario, y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas?. Que, de ello se colige que la atención por parte de un acompañante terapéutico, en casos como el presente en que es necesario por las características de la dolencia, es justificada como extremo imprescindible. Que, al respecto, la actora adjuntó certificado nacional de discapacidad de su hijo (fs.3), Plan de trabajo del acompañamiento terapéutico (cfr. fs. 11/13) certificado emitido por su médico tratante en el que solicita 6 hs. diarias el mencionado acompañamiento (fs.27). Asimismo, puede verse lo informado a fs. 70 por el médico de Cámara en el que se determina que --- requiere de un acompañante terapéutico. Que, no puede desconocerse la patología del niño. Él padece de parálisis cerebral espástica, retraso mental grave lo que repercute en su diagnóstico funcional. A ello, debe aditársele que en el presente caso concurre un plexo normativo que tiende a la protección de derechos esenciales y que han sido instrumentados a través de las leyes 23661 y 23660. Asimismo, que se encuentra en juego el derecho a la salud de un niño, titular de derechos específicos indispensables para su formación y que está protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional. También se destaca que la salud, como valor y derecho humano fundamental, encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 7 y 9; Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948, arts. 3, 8 y 25; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 12-1, numeral 1 y 2, ap. d), entre otros. En cuanto a las demás prestaciones que la demandada alega haber cumplido, cabe destacar que no ha acompañado prueba alguna que así lo acredite. Es dable destacar que es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de probar, y no lo hizo. En su escrito inicial, la actora solicita en el punto 2 de fs. 40/ vta. ?Documental en poder de terceros? el envío del expediente administrativo del afiliado, hecho nunca cumplimentado por la demandada. Debe señalarse que la obra social no puede decidir discrecionalmente postergar el cumplimiento efectivo de las prestaciones requeridas por sus afiliados alegando cuestiones administrativas, trámites internos de control y/o liquidaciones, cuando precisamente se encuentra en juego la calidad de vida de un niño con discapacidad. Que, no brindar una respuesta jurisdiccional favorable, oportuna y eficaz sería violentar los derechos constitucionales en detrimento de la salud del niño, debiéndose, a su vez, ponderar el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de garantizar ampliamente el derecho a la salud integral (cfr. sent. 11-6-98 ?Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. v. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires? y en sentido coincidente S. C. Mendoza, en LL. 1993-E-36) y el reconocimiento de la existencia del derecho constitucional a la preservación de la salud (cfr. C.S.J.N, in re ?Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas?, Fallos 323:3229). En cuanto a la natación, expresamente apelada, dada la profunda patología de Francisco, la solicitud efectuada por su pediatra de terapia acuática dos horas semanales y la necesidad de aumentar el nivel de vida del menor, corresponde viabilizar lo requerido en este punto. Recordemos que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida y a la preservación de la salud, tal como ha sido entendida por la Organización Mundial de la Salud comprende el concepto integral de salud, referido al bienestar psicofísico, mental y social de la persona. A su vez es comprensivo del reconocimiento a una adecuada calidad de vida. Por último, la Obra Social debió evaluar el caso personal de la amparista, y no excusarse en cuestiones burocráticas que tienden sólo a dilatar la respuesta. Dicha circunstancia no puede, de ninguna manera, constituir una barrera para la efectiva tutela de los derechos conculcados, dado que es la misma Corte Suprema quien ha sentado criterio en cuanto a que ?el derecho a la vida es el primer

derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional? (Fallos 30:1.284; 310:112; 323:1.339). Que, en consonancia con todo lo que se lleva dicho, se entiende que el recurso de apelación debe rechazarse. V- Que, en cuanto a la apelación de las costas de primera instancia, no existen motivos para apartarse del principio general de costas a la vencida. En cuanto a las de esta instancia, también corresponde que sean soportadas por la parte perdedora. (art. 14 ley 16986). VI- Que, corresponde regular los honorarios habidos en esta instancia al Dr. Alejandro D. Luna en la suma de PESOS ? (\$...) y al Dr. Juan Pablo Filipuzzi en la suma de PESOS ? (\$...) ?art. 14, ley 21839, T.O. por ley 24432-. Que, por lo expuesto, SE RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución de fs. 72/74. Costas a la accionada-vencida (art. 14 ley 16986). Regular los honorarios habidos en esta instancia al Dr. Alejandro D. Luna en la suma de PESOS ? (\$...) y al Dr. Juan Pablo Filipuzzi en la suma de PESOS ? (\$...) ?art. 14, ley 21839, T.O. por ley 24432-. Tener presente la reserva efectuada por la demandada. Regístrese, notifíquese, difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cumplido bajen. Se constituye el tribunal con los suscriptos de conformidad a lo dispuesto en el art. 109 del RJN. DANIEL EDGARDO ALONSO MATEO JOSÉ BUSANICHE ANTE MI HECTOR RAUL FERNANDEZ SECRETARIO Correlaciones: Ley 22431 - BO: 20/03/1981 Ley 24901 - BO: 05/12/1997 C. S.; L. Q. c/OSDE s/amparo L. 16986 - Cám. Fed. Bahía Blanca - 01/07/2013 003641E