

## Accion De Amparo Obra Social

### JURISPRUDENCIA

### Acción de amparo. Obra social

Se hace lugar a la acción de

amparo deducida contra la Obra Social de Empleados Públicos tendiente a obtener la cobertura total de las terapias de rehabilitación, chaleco theratog y transporte como consecuencia de la discapacidad que padece el hijo de los accionantes. San Rafael, 19 de Marzo de 2.019 Y VISTOS: Estos autos N° 4.948 caratulados ?MORALES, JUAN EDUARDO Y OTS. c/ OSEP (OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS) p/ ACCION DE AMPARO?, llamados para dictar sentencia a fs. 395 y de los cuales RESULTA: a) Que a fs. 52/63 comparecen la Dra. Gabriela Caso como mandataria de los Sres. Juan Eduardo Morales y Gisela Bru, quienes actúan por su hijo menor J. A. M., interponiendo acción de amparo contra OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS (OSEP) tendiente a la cobertura total de las terapias de rehabilitación, chaleco theratog y transporte como consecuencia de su discapacidad, con más el retroactivo adeudado desde la fecha en que se solicitó, conforme al arancel vigente según la resolución del Ministerio de Salud de la Nación en base a las consideraciones fácticas y jurídicas que exponen. Expresan que J. A. M. nació el 2 de enero de 2014 sin ningún problema de salud y en septiembre de 2017 sufre un accidente, cayendo a una pileta y quedando sumergido en ella por algunos minutos, por lo que luego de su asistencia quedó imposibilitado en sus funciones. En función de ello, para fecha 9 de octubre de 2017 se le otorgó certificado de discapacidad (CUD) el cual expresa: anomalías de la marcha y de la movilidad disfagia, disartria y anartria. Cuadruplejía espástica. Lesión cerebral anóxica no clasificada en otra parte. Destaca la necesidad de la rehabilitación kinesiológica y del traje theratog, además de ayuda psicológica y maestra integradora de apoyo escolar, como también el transporte hacia la escuela. Refieren a la peregrinación a la obra social efectuada por los padres a partir de noviembre de 2017 efectuando los pedidos del módulo de estimulación y luego la provisión del traje ortopédico, luego en fecha 23 de febrero de 2018 solicitan el transporte y finalmente el 27 de marzo de 2018 al iniciar el ciclo escolar solicitan la prestación de terapia ocupacional y maestra integradora. Expresa que a pesar de la importancia de la rehabilitación del menor y los certificados médicos acompañados, la obra social no brindó cobertura ni respuesta alguna al día de la presentación de demanda (17/05/2018), lo que obligó a iniciar estas actuaciones. Asimismo refiere que debido a dicha situación, los padres deciden iniciar los tratamiento y esperar que la obra social le reintegre los gastos efectuados. Señala las normas aplicables, cita jurisprudencia sobre el tema y fundamenta el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de amparo, analiza los derechos conculcados, transcribiendo las normas nacionales e internacionales relativas a la protección del derecho a la salud y a las personas con discapacidad, como también la ley provincial 8.373 de adhesión a la ley nacional 24.901, solicitando que se haga lugar a la acción interpuesta. Deducen medida cautelar. Ofrece pruebas y funda en derecho. b) Requerido informe circunstanciado y corrida vista de la medida cautelar (auto fs. 65 y vta.), a fs. 231/241 la demandada OSEP contesta solicitando el rechazo de la medida y del amparo, efectúa una negativa general y particular, negando en especial no haber otorgado respuesta a la cobertura solicitada para el menor J. A. M., que haya dejado desamparado al menor, que OSEP viole los principios constitucionales y las leyes de discapacidad. Expresa que OSEP debe cumplir procedimientos administrativos impuestos por el marco normativo, debiendo acudir a terceros proveedores como en el caso de la provisión del chaleco theratog habiéndose formado en fecha 11/05/2018 el expediente n° 27129/M-2017. Del mismo modo, menciona que las terapias solicitadas han sido otorgadas hasta diciembre de 2018, cuestionando que los amparistas hayan acreditado los extremos para la procedencia del amparo, como lo es la conculcación de derechos mediante una decisión ilegal o arbitraria, citando jurisprudencia, señalando que OSEP no es parte del sistema Único de Reintegro de la Superintendencia de Servicios de Salud que subvenciona a las obras sociales y prepagas que dan cobertura en casos de discapacidad y que OSEP va adaptando su nomenclador gradualmente de acuerdo a sus posibilidades técnico financieras. Asimismo, destaca que la oferta prestacional en la ciudad de San Rafael es muy reducida y que se ha intentado suscribir convenios sin que ello haya sido posible, lo que atribuye a la procedencia de las causas judiciales iniciadas. Describe la articulación entre las normas provinciales y nacionales respecto a la cobertura de las prestaciones a personas con discapacidad, destacando que la Resolución 1154/14 establece un valor referencial (no obligatorio) y como techo para su establecimiento. Detalla la naturaleza jurídico institucional de OSEP como órgano descentralizado con potestad reglamentaria y su modalidad en el establecimiento de sus prestaciones. Fundamenta la improcedencia formal por ausencia de presupuestos de la acción de amparo, tanto por el carácter restrictivo de dicha acción, la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad, sin que existan derechos constitucionales afectados ni la posibilidad de un peligro inminente o actual. Solicita costas por su orden o al amparista. Ofrece pruebas, funda en derecho y peticiona el rechazo de la acción de amparo planteada. c) A fs. 248 y vta. la actora denuncia hecho nuevo en el que se constata la falta de depósito del dinero de las prestaciones, el que es contestado por la demandada a fs. 251/252. d) A fs. 255/257 es admitida la medida cautelar,

comenzando a acreditarse su cumplimiento parcial a fs. 272 y sucesivos depósitos controvertidos por la actora en cuanto a su integridad en ulteriores presentaciones. A fs. 277 y vta. se hace parte Fiscalía de Estado, ejerciendo el control de legalidad. e) A fs. 313 se admiten las pruebas ofrecidas y sustanciadas las mismas queda la causa en estado de resolver según llamamiento firme de fs. 395 y

**CONSIDERANDO:** I) En la presente causa la parte actora interpone acción de amparo en contra de la OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS con el fin de que la misma se haga cargo de la cobertura integral del tratamiento que su hijo J. A. M. necesita a partir del accidente sufrido que lo dejó con una lesión cerebral que le provoca una importante discapacidad, con más el retroactivo adeudado desde su solicitud, conforme al arancel vigente según la resolución del Ministerio de Salud de la Nación y la entrega del traje theratog. Por su lado la parte demandada al contestar el informe circunstanciado reconoce que el menor es afiliado a la obra social, que el mismo padece la referida discapacidad, aunque niega haber rechazado la cobertura de los tratamientos de acuerdo a las normas que señala y conforme documentación acompañada. Conforme a ello, vemos que en autos no se encuentra discutida la discapacidad del menor, cuestión que ha sido además acreditada mediante el correspondiente Certificado de Discapacidad (fs. 10), ni su condición de afiliado a la Obra Social demandada (fs. 8), ni la necesidad de las prestaciones solicitadas consistentes en apoyo de integración escolar, fonoaudiología y psicopedagogía, conforme surge de los informes profesionales y proyectos de trabajo obrantes a fs. 2/3 y 16/18 y conforme presupuestos e informes de fs. 35/36 y 38/49. En definitiva, lo que debe dilucidarse es la existencia de cobertura integral de las prestaciones requeridas por el menor y en su caso su cuantificación según corresponda o no la aplicación de nomenclador nacional, como también el análisis del cumplimiento de los presupuestos de procedencia del amparo.

II) Presupuestos del amparo-proceso: 1) La existencia de un estado de incertidumbre acerca de la vigencia, alcance y titularidad del derecho invocado; 2) La existencia de un estado de amenaza, violación, restricción o privación de derechos, o de garantías constitucionales, provenientes de la autoridad pública o privada; 3) La autoridad de la conducta lesiva, y la urgencia en la necesidad de su cese o remoción; 4) La manifiesta ilegalidad o arbitrariedad en el obrar lesivo y 5) La inexistencia de otras vías procesales susceptibles de dar adecuada y oportuna solución al caso (conf. Adolfo Armando Rivas, Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional, LL, 1984-B, pág. 934). Actualmente el nuevo art. 43 CN significa un cambio fundamental en el tratamiento del tradicional proceso de amparo, dejando éste de ser una figura estrictamente procesal para constituirse en un derecho o garantía específico, siendo su principal concreción instalar el "derecho al amparo". Por ello, ya no es una vía subsidiaria o indirecta, sino la garantía por antonomasia; la única herramienta disponible para actuar los derechos fundamentales de inmediato. En nuestro país, con un control jurisdiccional difuso, es la única vía directa para solicitar la protección de los derechos fundamentales. Los artículos 14, 18 y 43 C.N. permiten esta interpretación. El primero señala el derecho de peticionar ante las autoridades; el segundo fija las reglas que encolumnan la garantía constitucional de la defensa en juicio; el último ingresa en el derecho al amparo. En conjunto forman el derecho a la acción, el proceso debido y la garantía de eficacia jurisdiccional. En nuestro sistema constitucional los Tratados y Leyes Anexados que tienen jerarquía superior a las Leyes son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención del Delito de Genocidio; la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. La fórmula que trae el art. 75 inc. 22 C.N. aclara que estos pactos y convenciones no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución, debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos. Estas leyes y tratados enmarcados en la protección del amparo, reconocen múltiples aspectos de los derechos del hombre que afincados en el tipo procesal orientan a ver un amparo diferente al que se ha establecido en nuestra C.N. Su inclusión en una Carta Fundamental tiene suma importancia pues le otorga un carácter distinto al de simple reglamento. Se instala como un derecho operativo que puede funcionar inmediatamente. La seguridad que propicia puede quebrarse de no contarse con un instrumento procesal idóneo. Debe concretarse rápidamente, pues consiste en habilitar una vía contenciosa, que haga justiciable a la misma Constitución.

III) Específicamente se requiere: a) Un acto lesivo: "¿Podrá interponerse acción de amparo en contra de todo hecho, acción u omisión emanada de órganos o agentes de la Administración Pública Provincial o Municipal o de personas humanas o jurídicas particulares, que en forma actual o inminente y con ostensible arbitrariedad o ilegalidad, altere, amenace, lesione, restrinja o de cualquier modo impida el normal ejercicio de los derechos expresa o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional o Provincial, un tratado o una ley, con exclusión del derecho a la libertad física?" (artículo 219 ap. I del C.P.C.C. y T.). Se agregan en la órbita de los Derechos Protegidos los Tratados y Leyes, reconociendo así congruencia con el art. 75 inc. 22 C.N. que otorga supremacía constitucional a los convenios que allí se indican. La defensa que el amparo dispensa, se basa en actos que revisten una condición determinada (ilegalidad o arbitrariedad). En coincidencia con Sagüés, nunca habrá una expresión ("hecho?", "acción?", "acto?", "conducta?", "decisión?", etc.), que conforme

unánimemente a todos, debiendo interpretárselo en el sentido más amplio posible, involucrando todo hecho positivo o negativo. Así, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán ha interpretado: ¿la protección así conferida no significa justificar la extensión de la jurisdicción de los órganos judiciales, sino tan sólo salvaguardar de un modo eficaz los derechos y garantías de raigambre constitucional? (Rep. LL-1997, (9).2.

b) Omisión: La omisión se refiere a la falta de acciones tendientes a cumplimentar una obligación constitucional de expedirse, o a la inexecución de conductas intrínsecamente agresivas hacia los derechos de una o varias personas. Con el proceso se logra poner de manifiesto esa ausencia de interés por el cumplimiento, y la sentencia probable que responda a la pretensión deducida se convierte en sí misma en un mandamiento de ejecución (write of mandamus del derecho anglosajón).

c) Actos de particulares: Si la amenaza, restricción o alteración es producida por la acción u omisión de una persona que no inviste autoridad alguna, pero que ejerce el acto privado ilegítimo o inconstitucional, el amparo se dirige contra el mismo, con idénticas finalidades tuitivas. El acto de particulares, en estos términos, pareciera inconfundible, bastando en consecuencia analizar al carácter del agravio para considerar o no la admisión del amparo. Actualmente no existe incertidumbre porque el amparo es una vía directa contra cualquier acto lesivo, en virtud del nuevo artículo 43 C.N.

d) Actualidad: La actualidad en el perjuicio supone la permanencia del acto lesivo al tiempo de resolver el amparo. La vigencia del agravio se debe a que el amparo no es un proceso de revisión, no juzga hechos pasados, sino que restablece la legalidad de las conductas y el ejercicio de los derechos.

e) Inminencia: La inminencia supone proximidad, cercanía o inmediatez con la producción del acto lesivo, es decir, el proceso de amparo no es para dar explicaciones de carácter dogmático en la inteligencia de un derecho o garantía previsto en la Ley Suprema. Se requiere en quien ejerza la función jurisdiccional, el estudio previo de las circunstancias y actualidad. Interesa subrayar, dice Sagüés, que la alegación y demostración del peligro inminente de daño corre a cargo del promotor del amparo. La Corte Suprema ha señalado que ¿la acción de amparo constituye una vía excepcional que, cuando se alega la inminencia de un daño, sólo procede si ésta es tal que autorice a considerar ilusoria una reparación ulterior, circunstancia que, como es obvio, debe acreditar fehacientemente quien demanda?. ¿Por ello es rechazable el amparo donde el actor no probó la inmediatez del daño a configurarse por el acto lesivo?. (CSJN, Fallos: 306:506).

f) Amenaza: Así como de una parte se exige en quien reclama que acredite el daño sufrido a través de la ejecución del hecho ilegítimo e inconstitucional, en la especie se trata de ver, en forma clara e inequívoca la misma crisis, pero aún no concretada. La amenaza ilegal, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que ponga a los derechos en juego en peligro efectivo e inminente.

g) Lesión, alteración o restricción: Todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares es materia objeto del juicio de amparo, siempre que esas actitudes ¿lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta?, los derechos constitucionales reconocidos o implícitos, o provenientes de leyes y tratados. La lesión significa un término genérico que abarca las derivaciones siguientes que corresponden a la alteración o restricción. Lesionar supone ocasionar un daño específico; mientras que la alteración se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental, y restricción quiere decir, reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada. Estos comportamientos pueden ser directos y expresarse en actitudes positivas que los expongan de forma manifiesta, o provenir de la amenaza que tenga entidad suficiente como para resultar cierta y grave. En ambos casos se agrega otro recaudo que es ¿la actualidad del perjuicio?, pues el gravamen debe existir al tiempo de incoarse la acción de amparo, como cuando se pronuncie la sentencia. La calidad del acto lesivo es una cuestión que debe ser merituada en cada caso en particular, pues el amparo es una acción de reparación o restitución de derechos constitucionales, y por ello, es el único proceso constitucional que presenta el marco adecuado para el ejercicio, por parte del juez, del control constitucional. De lo contrario, muchos actos del Poder Público, o de particulares que se amparen en una ley, decreto u ordenanza de carácter general, no serían susceptibles de control por vía del amparo (JCCom n° 16, Córdoba, 18.09.97, ¿Miranda Liliana y otros c. Muncip. De Córdoba?, LL C 1997-786)

h) Arbitrariedad e ilegalidad: Los presupuestos de ¿ilegalidad y arbitrariedad manifiestas?, aparecen en el art. 43 C.N.. Ninguno de estos conceptos es sinónimo, pero su aplicación aislada puede originar desavenencias, contrarias al sentido de unidad del ordenamiento jurídico. Ilegalidad supone algo contrario a la ley, ilícito. Para ello se requiere actividad y concreción, pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada, que manifiesta su posibilidad de agresión. Tiene así un rostro posible y otro solapado, combatiéndose ambos a través del amparo. Ella por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la que se persigue retornar a un Estado de Derecho, por lo que es ilegal lo contrario a derecho. Puede ser manifiesta, es decir, evidente, absolutamente clara, ausente de incertidumbre alguna; o bien ser producto de una interpretación equívoca e irracional, de palmario vicio en la inteligencia asignada, asumiendo en estos casos la forma de arbitrariedad. Lo cierto es que la ilegalidad manifiesta, sea o no arbitraria, con la actual redacción en el derecho de amparo, encuentra un nuevo integrante en la familia de actos lesivos posibles de provocar el gravamen constitucional. La arbitrariedad concluye en el sentido de falta de justicia, es decir, en la exposición de que una conducta arbitraria es una conducta injusta. En la medida que ¿arbitrariedad e ilegitimidad? se asemejen, la acción de amparo puede ser instrumentada para cuestionar un mayor número de actos u omisiones.

i) Ilegitimidad: Para Sagüés, la ilegitimidad es un concepto más amplio que la legalidad, porque agrega un juicio de justificación de algo o de alguien, y ello ocurre cuando de manera plena se conjugan tres condiciones: que la conducta estudiada sea sustancialmente justa (justificación en función de los valores), lícita (justificación por la legalidad) y socialmente aceptada (justificación social). La ilegitimidad supone calificar algo más que la simple ilegalidad: al hecho comprobado de la actitud contraria a derecho, se analiza la racionalidad de las decisiones, la valoración efectuada, las proyecciones que tiene, los efectos que produce y, en suma, la justicia que del acto surge. Según sostiene Bidart Campos es posible identificar ilegitimidad con arbitrariedad, como sinónimo de injusticia, pues la distinción permite que el amparo proceda contra actos legales, pero irrazonables, sea porque a pesar de tener sustento en la ley se aparta absurdamente de ella, o porque en la misma ley en que se apoya existe el vicio arbitrariedad. j) Gravedad manifiesta: La actual redacción del artículo 43 C.N. al hablar de todo acto u omisión que importe una restricción, lesión, alteración o amenaza tiene en sí misma implícita la gravedad que antes era exigida. En los hechos, importa más la evidencia notoria que sustenta la demanda constitucional que reportar el daño que con el acto lesivo se provoca. Es decir, hay que advertir lo "manifiesto" antes que la gravedad que el hecho importa. La gravedad manifiesta que torna admisible la acción de amparo se da siempre que aparezca con grado de evidencia la lesión o amenaza a un derecho de las personas; siempre dentro del marco de apreciación que permite la naturaleza sumaria de la vía escogida. IV) Establecidos estos presupuestos, a fin de adentrarnos en la resolución de la presente Acción de Amparo, cabe aclarar que a partir de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional por el Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, que asigna tal calidad a los tratados que enumera, entre ellos, el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. La Corte Suprema de Justicia ha declarado "...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 302:1284; 310:112 y 323:1339)?: Asimismo ha entendido que la vida de los individuos y su protección en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. Sostuvo también que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (conf. Fallos 323:1339)?: (CSJN, in re: "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s. acción de amparo-medida cautelar", A. 891. XXXVIII -18/12/2003; y en igual sentido, in re: "Asociación Benghalensis c/ Estado Nacional M.S. y A.S. s/ amparo ley 16.986", Resolución del 01/06/2000. Fallos 323:1323). Ese derecho también se encuentra reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 7 y 11), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4), la Convención sobre los derechos del Niño (arts. 3, 6, 23, 24, 25, 26 y 29), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); razón por la cual -continúa ilustrando el máximo cuerpo de justicia nos encontramos ante "un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida." (del precedente citado). Por su parte, en ejercicio de tales facultades el Congreso de la Nación ha aprobado dos tratados internacionales que, por ello, forman parte del derecho interno. Uno de carácter regional: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25280 (B.O.: 4-8-2000), y el otro de carácter universal: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) y su Protocolo Facultativo, aprobada por ley 26378 (B.O.: 9-6-2008). Cabe destacar que el propósito de la CDPCD es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1°). Hay que tener presente que a los fines de la CDPCD se debe entender por "discriminación por motivos de discapacidad" a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el

reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Asimismo se entiende por "ajustes razonables" las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo, la Ley N° 24.901 instituye el Sistema de prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, norma respecto de la cual ha adherido nuestra Provincia mediante la Ley N° 8.373 (B.O. 12/12/2011), cuyas normas deben ser leídas bajo la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que fue aprobada por nuestro país a través de la Ley 26.378, promulgada el 06/06/2008.- La Ley N° 24.901 (art. 9), define a la persona con discapacidad de la siguiente forma: "...a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables a su integración familiar, social, educacional o laboral". Por otro lado el artículo 11 de la ley 24.901 dispone que las personas discapacitadas afiliadas a obras sociales -como así también las contratantes de empresas de medicina prepaga- deben acceder a través de su obra social o prepaga, "...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, todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas". Tales prestaciones básicas son las reguladas en el Capítulo IV de la ley y se subdividen en prestaciones preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (art. 16), educativas (art. 17) y asistenciales (art. 18). Cabe destacar, las prestaciones de rehabilitación previstas en el art. 15, donde se define a las mismas como "...aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo interdisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios?... En todos los casos se deberá brindar una cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera."- En el caso de autos, la documentación acompañada por la parte actora permite tener por acreditada la legitimación de los accionantes, como así también la discapacidad del menor, su calidad de afiliado a OSEP y la necesidad de recibir los servicios de apoyo integrador, psicopedagógico y fonoaudiológico, kinesiológico y terapia ocupacional, como también el transporte, habiéndose descripto en los informes presentados el diagnóstico y la necesidad de tales tratamientos por parte de J. A. M., su tratamiento y el plan de trabajo, destacándose en este sentido los testimonios del Dr. Marcos Ernesto Prieto y la Lic. Yanina Noelia García (fs. 377 y 378, ver filmación) que reflejaron la necesidad del tratamiento, la evolución experimentada por J. M. y la importancia de contar en dicho tratamiento con el chaleco theratog que permite la continuidad de la terapia luego de realizados los ejercicios frente al profesional. Por otro lado en el marco de lo dispuesto por ley nacional de discapacidad n° 24.901, ley provincial n° 8373, derechos consagrados en la Constitución Nacional y Convenciones y Pactos Internacionales, surge claramente la obligación de parte de la Obra Social de abonar en forma integral los gastos de integración de la persona con discapacidad. Sin embargo se advierte un comportamiento contradictorio de parte de OSEP cuando por un lado sostiene que no ha negado la cobertura, aunque luego reconoce la necesidad de cumplir con diversos trámites administrativos, justificando que no se trata de solicitudes de prestaciones por parte de efectores de la obra social, sino del otorgamiento de subsidios para atender a las prestaciones efectuadas por terceros ajenos a OSEP, por lo que no tiene injerencia en la contratación hecha por los actores con dichos terceros. No obstante ello, reconoce que en San Rafael no pudo suscribir convenios con prestador alguno, culpando por ello a las medidas judiciales. Que conforme prueba documental acompañada, vemos que la actora peticionó a la demandada los subsidios en fecha 13/11/2017, 29/12/2017, 23/02/2018 y 27/03/2018 (ver fs. 11/15), surgiendo del acta de constatación de fs. 245/246 que al 18/06/2018 aún no se depositaban los fondos por los subsidios, que recién en fechas 25/06/2018, 10/07/2018, 24/07/2018, 27/07/2018, 06/08/2018, 23/08/2018 y 28/08/2018 se depositan los importes correspondientes a subsidios desde noviembre de 2017 y hasta junio de 2018 (fs. 264/272), aunque como se señala a fs. 272 por la propia demandada, lo es en virtud del cumplimiento de la medida cautelar dispuesta a fs. 255, presentación que se efectúa recién en fecha 04/09/2018, surgiendo además de las facturas y liquidación obrante a fs. 279/292 diferencias con lo que debió abonarse por más de \$ 90.000, surgiendo luego depósitos efectuados en fecha 20/09/2018 y 26/09/2018 (fs. 296/298) en parte de pago de aquellas diferencias, sin identificar a qué rubros corresponde, efectuando nuevos depósitos a fs. 303/304 en fecha 12/10/2018, señalando a fs. 305 a qué rubros corresponderían los depósitos efectuados durante

2018. Así vemos que la presentación de fs. 305 refleja la extemporaneidad de los pagos realizados, habiendo comenzado los mismos luego de interponerse la presente demanda y en función de la medida cautelar ordenada, lo que sigue sucediendo conforme presentaciones de fs. 331/332, emplazamiento de fs. 338, presentaciones de fs. 339/341, 343/344, 365/366, 368/370, habiendo sido morosa y negligente la OSEP en la entrega del traje theratog, que habiéndose solicitado en fecha 24 de enero de 2018 (fs. 170) y cumplidos los trámites de rigor durante el mes de febrero de 2018 (fs. 171/227), recién en mayo de 2018 se ordena la compra (fs. 228/230) y se lo provee luego de la reciente audiencia realizada en fecha 12/02/2019, según constancias de fs. 379/386, lo que evidencia la desidia de los funcionarios de OSEP involucrados en el contralor de sus proveedores y en la falta de agilidad de los mecanismos licitatorios, todo lo cual se traduce en una conducta omisiva y arbitraria, que en forma ilegítima conculca derechos constitucionales esenciales como lo es el derecho a la salud de J. A. M. en forma adecuada y oportuna. Por otra parte cabe calificar como desleal la posición de OSEP que a fs. 390 expresó la falta de denuncia formal en el expediente administrativo respecto de la falta de entrega del traje, cuando parte del objeto del presente amparo deducido en fecha 17/05/2018 era la entrega del traje theratog, por lo que no puede decir la demandada sin incurrir en falta de lealtad procesal y buena fe, que recién se enteran de ello con la audiencia del 12/02/2019, siendo claro y evidente su incumplimiento y demora en la entrega del traje. Finalmente, en relación al pago del subsidios a los montos establecidos en el nomenclador nacional para las prestaciones solicitadas, vemos que si bien puede asistir razón a la accionada en cuanto a la posición que se encuentra la OSEP respecto a las obras sociales que están reguladas por la ley 23.660 y 23.661 por no recibir subvenciones al cubrir prestaciones por discapacidad, lo cierto es que en el caso, frente a la falta de prestadores propios en la ciudad de San Rafael y tal cual fuera reconocido por la accionada, la actora debió abonar de su bolsillo los importes que le fueran facturados por los profesionales que atendieron al menor J. A. M., quienes lo hicieron conforme a los aranceles nacionales (ver facturas de fs. 279/291 y fs. 345/360, excepto gastos de transporte facturados por empresa de taxi que se rige por su tarifario). En este sentido, la ausencia de prestadores de la obra social en San Rafael es una causa imputable pura y exclusivamente a la obra social, independientemente de cualquier otra justificación que pretenda dar la demandada, como lo es la existencia de expedientes judiciales favorables, sin que en modo alguno haya acreditado las gestiones realizadas para alcanzar convenio con prestadores del medio con tales especialidades, por lo que ante tal falta de prestadores propios, debe asumir el mayor costo que debió afrontar su afiliado para atender su necesidad de salud, máxime cuando la misma ha precedido de los diagnósticos y prescripciones médicas correspondientes y los montos resultan razonables, acordes a los valores de referencia señalados por el Ministerio de Salud de la Nación (Resolución 4/2018). En efecto, la Ley 24.901 otorga el derecho a las personas discapacitadas a acceder a través de sus obras sociales o empresas de medicina prepaga y por intermedio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos a todas aquellas acciones que favorezcan su integración social (art. 11) y a adquirir o restaurar sus aptitudes para alcanzar el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social, a través de la recuperación de todas o la mayor parte de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales. Tienen derecho a una cobertura integral en rehabilitación, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fueran necesarios (art. 15). También son acreedores de prestaciones terapéuticas educativas, es decir, aquellas que implementen acciones de atención tendientes a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo (art. 16). Es claro que lo requerido por los amparistas se encuentra entre aquellas prestaciones a las que se haya obligada a brindar la prestadora de servicios de salud como parte integrante del sistema de prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad. Además, resulta indudable que la actitud de la obra social de pagar varios meses después de efectuadas las prestaciones y luego de la interposición de un amparo con medida cautelar, aún por debajo del nomenclador nacional, sumado a la dificultad de afrontar la diferencia por parte de los padres de Jesús podría haber generado la suspensión del tratamiento, con las consecuencias negativas que ello podría acarrear, conforme fuera puesto de manifiesto por los testigos que declararon en autos, lo cual además resulta de toda lógica pensarlo así, cuando dicho tratamiento consiste en un acompañamiento en el día a día de un menor que se encuentra transitando una etapa fundamental de su vida en cuanto al proceso de aprendizaje e integración al medio social con las dificultades propias de la dolencia que padece. En función de ello, considero que la pretensión de la OSEP de otorgar subsidio a los padres del menor Jesús por sumas que se encuentran por debajo del nomenclador nacional, cuando dicha obra social carece de los prestadores necesarios para atender la patología del menor y los obliga a tener que acceder a profesionales por fuera de convenio deviene arbitraria e ilegítima al no poder cubrir en forma integral el servicio de salud comprendido en el art. 1 de la Ley de Discapacidad N° 24.901, contrariando no solamente lo dispuesto por dicha normativa sino también en Tratados y Convenciones Internacionales. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en distintos precedentes, se ha pronunciado respecto al alcance que cabe atribuir al recaudo ?manifiesta? establecido por el artículo 43 C.N. Así en el caso ?Exprinter? sostuvo, a modo de aclaración previa, que ?el artículo 43 de la Constitución Nacional, cualquiera sea la

amplitud que se le quiera dar, sigue exigiendo que el acto atacado por medio de la acción de amparo, padezca de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta?. Y concluye afirmando que al exigir dicho recaudo, ¿La ley fundamental apunta a lo notorio, lo que se visualiza, sin que sea necesario un estudio pormenorizado de pruebas, hechos, etc., exige la manifiesta ilegitimidad del acto impugnado, junto con la carencia o ineficacia de remedios ordinarios o recursos específicos; esta manifiesta ilegitimidad se conecta a lo que, en el derecho civil, configura un acto viciado de nulidad manifiesta, o sea que el vicio es patente, visible, simplemente comprobable?.- Por otro lado, la demandada se limita a manifestar la imposibilidad de dar cumplimiento con el sistema impuesto por las leyes 23.660 y 23.661 atento a que las mismas estipulan aranceles nacionales, sin embargo, no acredita que el pago integral de estas prestaciones, en el presente caso, ponga en riesgo el sistema de salud por la incidencia de los costos y presupuestos que ello pudiera implicar alterando así su ecuación económica financiera, por lo tanto, entiendo que la no adhesión al sistema de leyes nacionales alegada por la demandada, no reviste entidad suficiente como para no hacer lugar a la pretensión esgrimida en la causa, frente a la vigencia de normas y tratados de superior jerarquía que resultan aplicables, conforme fuera analizado ut supra. Al respecto, nuestra Corte Suprema de la Nación se ha expedido sobre la obligación que pesa sobre una empresa de medicina prepaga de proveer la prestación de profesionales cuyo registro como prestadores de salud no está previsto, si ello es requerido para la atención interdisciplinaria de un discapacitado. Así, en el caso ¿Ruiz? se condenó a la ASUNT a cubrir los costos de un tratamiento conductual prestado a un niño discapacitado (autista) dirigido por una Ingeniera (¿Ruiz, Daniel Osvaldo y Ruiz de Molina Myriam c/ Acción Social de la Universidad de Tucumán s/ Amparo; R. 945. XLI. 14.11.06; LL, 2007-B, 616). En dicho caso la Procuración General de la Nación, dictaminó: ¿...el Tribunal ha establecido que la protección y la asistencia integral a la discapacidad con fundamento, especialmente, en las leyes n° 22.431 y 24.901 y en jurisprudencia de la Corte Suprema que pone énfasis en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia constituye una política pública de nuestro país, en tanto se refiere al ¿interés superior...! de los menores, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Ha dicho, asimismo, que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, pues la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento en estos casos, por lo que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente situado finalmente en órbita del Poder Ejecutivo Nacional. Agregó que es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (v. doctrina de Fallos: 327:2127, que remitió al dictamen de esta Procuración General, y sus citas).? ¿Corresponde destacar fundamentalmente, en mayor conexión con la cuestión en estudio, que V.E. también dijo en el precedente citado, que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos del niño (discapacitado) a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar sobre la materia. Al tener presente lo antedicho, no resulta razonable, a mi ver, privar al menor de la cobertura del tratamiento conductual que viene realizando con la atención del equipo interdisciplinario coordinado por la Ingeniera Sisgtd, por el hecho de que esta profesional no posea título habilitante según la demandada y la sentencia impugnada para realizar prácticas vinculadas a la salud humana. En efecto, existe más de un motivo que justifican sobradamente la continuación de dicho procedimiento. En primer lugar, la evolución favorable que ha experimentado el menor, ... En segundo lugar porque, de un lado, la ingeniera integra un equipo interdisciplinario conformado, además, por una terapeuta asesora en el área pedagógica, una psicóloga asesora en el área de relaciones personales y tratamiento, y por un terapeuta...?

([http://www.csjn.gov.ar/expcon/documentos/cfal3/ver\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/expcon/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp)).- A mayor abundamiento, atento la relación de consumo existente entre las partes, siendo los actores usuarios del servicio de salud prestado por OSEP, a cambio de un pago en dinero, adhiriéndose aquellos a cláusulas predispuestas, de una forma forzosa, obligatoria e impuesta; las prestaciones establecidas por Ley 24.901 resultan obligatorias para estas empresas, debiéndose optar por la interpretación más favorable para el consumidor (art. 3 de la ley 24.240), privilegiando a la parte más débil. Por lo tanto, habiendo sido acreditados los hechos alegados por los amparistas, particularmente la necesidad de cobertura integral de las terapias de rehabilitación correspondientes al módulo de estimulación temprana integrado por integración escolar, fonoaudiología, psicología, terapia ocupacional, kinesiología y control pediátrico mensual, además del transporte para acceder a tales terapias, como también la entrega del chaleco theratog (entregado recientemente) y el retroactivo adeudado conforme a las facturas acompañadas y a acompañarse en el futuro respecto al menor J. M.

y la falta de cobertura integral oportuna por parte de la Obra Social, es que, al estar en juego precisamente el derecho a la salud, se lesionan los derechos consagrados en nuestra carta Magna y reconocidos por Convenciones y Pacto Internacionales con jerarquía constitucional, por lo que en atención a lo dispuesto por los arts. 219 y concs. del C.P.C.C. y T., entiendo procedente la acción de amparo interpuesta en autos, ordenando a la Obra Social de Empleados Públicos a hacerse cargo del costo total de los gastos referidos precedentemente que resulten necesarios para el tratamiento del menor J. M. de conformidad a los aranceles nacionales facturados y a facturarse, su retroactivo impago desde su solicitud (abonados mediante orden judicial y sujeto a liquidación final) y las futuras actualizaciones que de los mismos se realicen mediante resolución nacional del Ministerio de Salud de la Nación. V) Costas: Con respecto a las costas por la tramitación del presente proceso, las mismas se imponen a la demandada por resultar vencida, de conformidad a lo dispuesto por los art. 35 y 36 del C.P.C.. Sobre la imposición de costas en este tipo de amparos la Jurisprudencia ha dicho: ?La inexplicada e injustificada demora de expedirse de la administración, que no deja otro camino al administrado que recurrir a la jurisdicción, generan erogaciones necesarias para tal finalidad, cuyo peso no puede recaer sobre el amparista, por lo que las costas deben ser soportadas por el Estado remiso?. Expte. 31890 - CEJUDO PUJALTE, MARIA ALEJANDRA C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ACCION DE AMPARO; 19/09/2006 - 2° CC, 1° cj Mza. Ubicación: LS113-218 VI) Honorarios: La regulación de honorarios debe realizarse según las pautas establecidas por el art. 10 de la ley 3641 por tratarse de un juicio sin monto. Conforme a ello se tiene en cuenta al regular los honorarios las actuaciones establecidas por la ley para su desarrollo, actuaciones de prueba y de trámite, incluida la medida cautelar deducida en autos, situación económica y social de las partes, mérito jurídico de la labor profesional y resultado obtenido, tiempo empleado y dedicación y novedad del problema discutido. Atento lo establecido por la ley 5.394 al no mediar costas a cargo del amparista se omite la regulación de los honorarios de la parte demandada. Por todo lo expuesto, disposiciones legales, doctrina y jurisprudencia citadas, arts. 3, 4, 25, 26, 30, 36 y conc. del decreto ley 2589/75, art. 10 de la ley 3641, arts. 35, 36 y conc. del C.P.C. y demás normas, doctrina y jurisprudencia citadas, RESUELVO: 1°) Hacer lugar a la acción de amparo promovida a fs. 52/63 por los Sres. JUAN EDUARDO MORALES y GISELA BRU, en representación de su hijo menor J. A. M. y en consecuencia ordenar a la demandada OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS (OSEP) para que dentro del plazo de DOS DIAS, arbitre los medios necesarios para hacer efectiva la cobertura integral de las terapias de rehabilitación correspondientes al módulo de estimulación temprana integrado por integración escolar, fonoaudiología, psicología, terapia ocupacional, kinesiología y control pediátrico mensual, además del transporte para acceder a tales terapias, como también la entrega del chaleco theratog (entregado recientemente) y el retroactivo adeudado conforme a las facturas acompañadas y a acompañarse en el futuro respecto al menor J. M. de acuerdo a la patología que el mismo padece y a dar cumplimiento inmediato con los incrementos en los aranceles que se publique de la evolución del nomenclador de prestaciones a través de futuras resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud de la Nación, todo ello con detallada y oportuna rendición de cuentas documentada en autos, debiendo tenerse presente los pagos efectuados en cumplimiento de la medida cautelar. 2°) Imponer las costas a la demandada por resultar vencida. 3°) Regular los honorarios profesionales por la labor desarrollada en autos a la Dra. GABRIELA CASO en la suma de PESOS SEIS MIL (\$ 6.000) y al Dr. RAMIRO BERNALDO DE QUIROS en la suma de PESOS DOCE MIL (\$ 12.000) por todo concepto, por su actuación a favor de la parte actora. 4°) Omitir regulación de honorarios a los letrados de la demandada (ley 5394). NOTIFÍQUESE LA PRESENTE RESOLUCIÓN POR CÉDULA DE OFICIO (ACTOR, OSEP Y FISCALÍA DE ESTADO) y a la Sra. ASESORA DE MENORES E INCAPACES con remisión del expediente en su público despacho. Fdo: Dr. Pablo Augusto Moretti - Juez

042209E