Poder Judicial de la Nación
Cédula de Notificación

19000030846626
Zona

FP **Juzgado 2**

Fecha de emisión de la Cédula:27/septiembre/2019

Sr/a:CARMEN FEDORA SCHAJNOVICH AGUIRRE

Domicilio:27185700734

Tipo de domicilio **Electrónico**

Carácter: **Sin Asignación**
Observaciones Especiales: **Sin Asignación**

Copias: **N**

19000030846626
Tribunal:JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2 - sito en AV. INDEPENDENCIA 2024/32 C.P.:B7600DIQ

Hago saber a Ud- que en el Expte Nro. **13 / 2019** caratulado:
F, JN c/ OSMATA s/AMPARO LEY 16.986
en trámite ante este Tribunal, se ha dictado la siguiente resolución:

Queda Ud. legalmente notificado
Fdo.: MATIAS F. RAVA, PROSECRETARIO ADMINISTRATIVO

19000030846626

13/2019

F, JN c/ OSMATA s/AMPARO LEY 16.986

Mar del Plata, de septiembre de 2019.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos caratulados 13/2019 "**F, JN c/ OSMATA s/AMPARO LEY 16.986**" de trámite ante éste Juzgado Federal N° 2 de Mar del Plata, traídos a despacho a los fines de dictar **SENTENCIA DEFINITIVA** y de cuyo examen;

RESULTA: I) Que a fs. 210/282 se presenta la amparista, representación de su hijo menor de edad y respecto de quien alega la condición de persona con discapacidad, y promueve formal acción de amparo contra la OSMATA con el objeto de que aquella le otorgue la cobertura íntegra de una serie de prestaciones que allí individualiza y detalla.-

Acto seguido, analiza la legitimación activa para accionar y luego pasa revista de los hechos y antecedentes del caso.-

Refiere luego al régimen legal que considera aplicable al caso y a la procedencia de la acción de amparo intentada para efectuar su reclamo.-

Solicita el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva, cita jurisprudencia, ofrece prueba, plantea la reserva del caso federal y requiere se haga lugar al reclamo instado en todos sus términos.-

II) Que a fs. 283, el magistrado que previno en la causa ordenó a la parte amparista a que aclarase el objeto de solicitado, atento la tramitación de una causa conexa por ante el Juzgado Federal nº 4, Secretaría Civil y Comercial nº 3, en la cual se dispuso proveer a la citada parte una serie de prestaciones similares a las reclamadas en autos.-

III) Que a consecuencia de tal requerimiento, es que a fs. 289/291vta. se presenta la letrada de la amparista, invocando la franquicia prevista por el art. 48 del CPCCN, procediendo a aclarar lo que le fuera previamente solicitado enumerando y

#33063196#245239885#20190926105338975

detallando puntual e individualmente cuales son cada de una de las prestaciones por cuya cobertura se reclama en el marco de las presentes actuaciones.-

IV) Que a fs. 295/298, el juez que previno en la causa dispuso cuales son efectivamente las prestaciones que conforman el objeto demandado en la presente litis, requiriendo la producción del pertinente informe circunstanciado en relación aquellas a la accionada y decretando medida cautelar en línea acorde a ello.-

Puntualmente allí también, se dispuso, en cuanto a las prestaciones de Psicología cognitivo conductual, al ítem 13 de la referida presentación, respecto al transporte de personas con discapacidad, a la HORMONA de crecimiento SOMATOTROPINA HUMANA, al ítem 20 (pasajes con estadía a Buenos Aires para realizar tratamientos médicos) y a las consultas neurológicas en Clínica 25 de Mayo, que atento tener las mismas conexión directa con las solicitadas en el expediente en trámite por ante el Juzgado Federal nº 4, autos "VÁZQUEZ, Marianela Beatriz c/ OSMATA s/ Ley de discapacidad" expediente nº 28.599/2018, debería la amparista, a fin de evitar la superposición de las mismas, requerir las modificaciones que considere pertinentes en la actuaciones iniciadas por ante el Juzgado nº 4, donde ya fueron analizadas.-

V) Que a fs. 311/316 se presenta la accionada en autos, por intermedio de letrado apoderado, y produce el informe circunstanciado de ley que le fuera oportunamente requerido en el caso.-

En el marco de dicha presentación, cuestiona la viabilidad de la acción de amparo para el presente reclamo, planteando concretamente la falta de agotamiento de la vía administrativa, la falta de actualidad o inminencia en la lesión y la aplicación al caso de la Ley nº 16.986, toda vez que OSMATA no revista la naturaleza de autoridad pública, por tratarse de una de carácter privado.-

Posterior a ello, y por imperativo procesal formula la negativa de rigor.-

Luego y en concreto sobre los hechos y antecedentes del caso, resalta que: *"(…) resulta imposible dar cumplimiento a la prestación requerida, sin el pilar normativo necesario, o sea para ello resulta imprescindible contar con un basamento ineludible, que es*

#33063196#245239885#20190926105338975

el debido control que tiene esta OSMATA respecto de medicamento y/o prestaciones que brindan al paciente (…)".-

Alude luego a la naturaleza y funcionamiento de la obra social y sostiene que ha actuado conforme la normativa aplicable al caso, abogando así por la inexistencia de acto lesivo alguno de su parte.-

Ofrece prueba, plantea la reserva del caso federal y solicita el rechazo de la acción intentada en su contra, con imposición de costas a la parte amparista.-

VI) Que finalmente, a fs. 340, se dispuso el llamado de autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme y las presentes actuaciones en condiciones de ser falladas.-

Y CONSIDERANDO:

I) Que si bien el "derecho a la preservación de la salud" no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional - con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios -, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados "derechos implícitos" de nuestro ordenamiento jurídico (art. 33 de la Constitución Nacional). Así lo ha reconocido históricamente la doctrina más destacada, (v.gr.: Humberto Quiroga Lavié), para quien este derecho se encuentra implícito en la soberanía de un pueblo que necesita fortalecerse en el crecimiento físico y espiritual de sus integrantes ("Derecho Constitucional", Ed. Depalma, pág. 159).-

A mayor abundamiento, cabe destacar que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el Art. 75 Inc. 22) establece que "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".-

#33063196#245239885#20190926105338975

Del plexo normativo descripto, surge con claridad la efectiva protección que debe tener este derecho fundamental de la persona, que implica no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran obligados a ello - y con especialísimo énfasis en los agentes del servicio de salud - de tomar acciones positivas en su resguardo. -

En ese orden de ideas, corresponde señalar que el beneficio de gozar de un elevado nivel de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano, de acuerdo a lo establecido en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, no identificándose solamente la salud con la ausencia de enfermedad, sino con un estado completo del bienestar, dentro del cual intervienen factores económicos, culturales, sociales y no exclusivamente sanitarios. Desde esta óptica, resulta evidente que aquí nos enfrentamos con una decisión – la de la accionada – que resulta susceptible de afectar el derecho a la salud del amparista.-

Sin dudas, queda claro que existen obligaciones para quienes prestan los servicios de salud, a partir de lo dispuesto en las leyes 23.660 y 23661, en los artículos 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 5.1, 11.1, 19, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 2.2 y 12 inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

Inclusive, y teniendo en consideración los derechos comprometidos, cabe recordar que "(…) supuestos como el de marras, aconsejan un abordaje no tan severo y estrechamente negocial del tema, sino uno que tome en cuenta las circunstancias concretas del actor y las particularidades del contexto en el que la relación se inserta." (Del dictamen del Procurador General en "V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo", del 22 de diciembre de 2003).-

A ello, debe agregarse que la Ley 24.901 creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a las personas con discapacidad.-

Dicha normativa mantiene el espíritu constitucional de fomentar la integración social y educativa de la persona con discapacidad en tanto sea posible, tomando todos los recaudos necesarios en función de lo que dicha integración implica (Cfr.

#33063196#245239885#20190926105338975

Rosales, Pablo, “La Discapacidad en el Sistema de Salud Argentino” Edit. Lexis Nexis, II ° Edición, p. 123).-

II) Delineados los parámetros expuestos, ha de tenerse presente ahora, respecto a la defensa incoada por la accionada en cuanto a que no se ha iniciado un reclamo administrativo previo, que dicho planteo carece de entidad suficiente para hacer lugar a su pretensión.-

Ello así, por cuanto la tramitación de un reclamo de dicha índole no resulta un requisito insalvable para la procedencia de la acción de amparo. Máxime, en casos como el presente, donde la naturaleza de los derechos en juego tornan al amparo como la única vía idónea para el aseguramiento de la tutela requerida.-

En este sentido se ha expedido la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, señalando que *“…la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como la que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación de principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole…Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías administrativas ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (Conf. Fallos: 274:13, considerando 3º), su exclusión por la sentencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias” (cfr. CSJN, en autos “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial, del 30/10/2007).-*

Por lo tanto, corresponde rechazar el planteo de falta de agotamiento de la vía administrativa y de falta de empleo de remedio o recurso administrativo previo por parte de la amparista, que hubo de esgrimir la accionada en el marco de su informe circunstanciado.-

#33063196#245239885#20190926105338975

Por su parte, y respecto a la supuesta falta de actualidad o inminencia en la lesión que planteara la accionada, debo decir que, operada la Reforma Constitucional de 1994, a través de la cual se revitalizó la figura del amparo, debe relativizarse la importancia de ciertas cuestiones –sobre todo, de índole procesal- regidas por la Ley 16.986.

Una de ellas es, justamente, la cuestión previamente referida, y así lo ha entendido la Corte Suprema de la Nación al resolver en los autos Video Club Dreams (Fallos v. 93 XXV). En dicha oportunidad, el Máximo tribunal sostuvo, al referirse a la cuestión, que *"el obvio carácter iuspublicista de la institución del amparo y su valor instrumental, es decir, el de instrumento ágil, eficaz y expeditivo para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, obliga a centrar el examen en la conducta estatal que en "forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" derechos que la Constitución Nacional consagra en favor del actor. Precisamente, las cuestiones de orden procesal que el apelante reitera como fundamento del vicio de arbitrariedad, son construcciones técnicas que el legislador ha previsto para preservar los derechos esenciales que gozan de reconocimiento constitucional y no pueden ser interpretados de modo de desvirtuar los fines de la Ley Suprema. En este orden de ideas, esta Corte ha subrayado con especial énfasis que "es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales" (Fallos:239:459; 241:291; 307:2174 considerando 10).(…) Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, se ha señalado que ni el inciso d, in fine, ni el inciso e, del art. 2 de la ley 16.986, pueden constituir una valla infranqueable a la tarea judicial de estudiar la concordancia del acto impugnado con la Constitución Nacional. Máxime si se considera que con la acción incoada no se enjuicia un acto único del pasado, sino una ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de promover la acción y también en el tiempo siguiente (dictamen del Procurador General subrogante compartido por este Tribunal en Fallos: 307:2174)."*

Por todo ello, entiendo que la cuestión previamente analizada, planteada por la accionada, en cuanto ha cuestionado la vía del amparo para incoar la pretensión actora, debe ser desestimada por improcedente.-

#33063196#245239885#20190926105338975

Por su parte, y respecto al planteo esbozado por la accionada en relación a la improcedencia de la acción de amparo intentada en su contra, en atención a lo dispuesto por el art. 1 de la ley 16.986 en relación a que solo será procedente respecto de actos u omisiones de autoridades públicas -considerando así el carácter de entidad privada o particular que reviste la obra social-, que el mismo no ha de prosperar toda vez que, también a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y por vía de lo normado por el art. 43 de la CN, resulta por lo demás claro y evidente que el mentado instituto resulta procedente respecto de actos emanados de particulares.-

Por lo expresado anteriormente, entiendo que cabe rechazar también el referido planteo que esbozara la accionada en el marco de su informe circunstanciado.-

III) Desechadas las defensas planteadas por la accionada y, a los fines de delimitar el alcance de la controversia, se advierte en primer término, que la accionada no ha desconocido la condición de persona con discapacidad del menor, como así tampoco su diagnóstico, por lo que tales cuestiones no resultan materia de controversia en autos. Ello, conjuntamente con la prueba documental acompañada a fs. 7, me lleva a tener por acreditadas dichas circunstancias.-

Aclarado lo expuesto, entiendo que el punto central para resolver la cuestión de fondo, conforme fuera previamente considerado por el juez que previno en la causa en el proveído de fs. 295/298, radica en determinar si la accionada se encuentra obligada, o no, a otorgar la cobertura integral –al 100% de las siguientes prestaciones: 1º) Terapia de habilidades sociales de carácter grupal, a razón de dos veces por semana con la Licenciada Ana Di Iorio en consultorio de calle Mitre 3172; 2º) prestación de apoyo bajo la modalidad PPDN y/o A.T. personal privado no docente y/o acompañante terapéutico para acompañar y asistir al paciente en el ámbito áulico en la escuela a la que asiste en calidad de alumno regular, Escuela Secundaria Provincial Pública nº 19, 6º año, de marzo a diciembre/2019; 3º) prestación de apoyo bajo modalidad PPDN y/o A.T. personal privado no docente y/o Acompañante terapéutico para acompañar y asistir al paciente en el ámbito domicilio-calle para adquirir autonomía e independencia en las actividades de la vida diaria, a razón de dos veces por semana, durante dos horas, de enero a diciembre/2019; 4º) supervisión de la prestación de apoyo modalidad PPDN y/o A.T. en el ámbito áulico y en el

#33063196#245239885#20190926105338975

ámbito domicilio-calle, una vez por semana con la Licenciada Ana Di Iorio, de enero a diciembre/2019; 5º) ocho sesiones de evaluación psicodiagnóstica a cargo de la Licenciada Ana Di Iorio; 6º) Psicopedagogía a razón de una vez por semana, de enero a diciembre/2019; 7º) Natación adaptada bajo supervisión y mandato médico, a razón de dos veces por semana en Plaza Club, Falucho 2953; 8º) actividad física de bajo impacto en Gimnasio Mass (Alberti 2443), dos veces por semana de enero a diciembre/2019; 9º) armazones ETNIA BARCELONA KIEL -grbk de aluminio, altamente flexibles; 10º) AMITRIPTILINA 25 mg. por 30 comprimidos (TRIPTANOL) 1 vez por mes de enero a diciembre/2019 y por último 11º) cuatro consultas anuales con Psiquiatría Infanto Juvenil, Dr. Mariano Palá, calle Mitre 3172.-

Que respecto de tales, obran en autos a fs. 20/27 y a fs. 205/209vta. las pertinentes prescripciones médicas, las cuales no han sido cuestionadas por la accionada.-

Ahora bien, en cuanto a las prestaciones de Psicología cognitivo conductual, al ítem 13 respecto al transporte de personas con discapacidad, a la HORMONA de crecimiento SOMATOTROPINA HUMANA, al ítem 20 (pasajes con estadía a Buenos Aires para realizar tratamientos médicos) y a las consultas neurológicas en Clínica 25 de Mayo -todas ellas referidas en el detalle elaborado por la amparista en la presentación de fs. 290/291vta., a requerimiento que le formulara también el magistrado previniente-, y conforme fuera puesto de resalto en el proveído de fs. 295/298, atento tener dichas prestaciones conexión directa con las solicitadas en el expediente en trámite por ante el Juzgado Federal nº 4, autos "VÁZQUEZ, Marianela Beatriz c/ OSMATA s/ Ley de discapacidad" expediente nº 28.599/2018, es que no habiendo dado cumplimiento la accionante con lo que allí le fuera requerido, es que ante la eventualidad de ordenar una superposición en la cobertura de la prestaciones, han de rechazarse las mismas en el marco de las presentes actuaciones.-

IV) Que adentrándose al análisis de dicha cuestión, debo destacar que en tal labor, no me extenderé en consideraciones acerca de los principios rectores que rigen en los casos en que se ponen en juego los estatutos de la salud, la discapacidad y la niñez, pues me he referido a ello más arriba. Sólo recordaré que, en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la

#33063196#245239885#20190926105338975

restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y consideración primordial de su interés tienen jerarquía superior, imponiendo una dirección a la tarea interpretativa (conf. esp. arts. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Convención sobre los Derechos del Niño; C.S.J.N. en autos "RD y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad", del Dictamen de la Procuradora General de la Nación, S.C. R. W 104; L. XLVII, del 16/3/2012).-

Con estas normas superiores se alinea la ley N° 24.901, plenamente aplicable al caso a la luz de la condición de persona con discapacidad del menor debidamente acreditada en el caso, la cual dispone que *"las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1º de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas" (art. 2).-*

Dentro de estas prestaciones, se encuentran comprendidas las de rehabilitación (art. 15), las terapéuticas educativas (art. 16), las educativas (art. 17), las de medicamentos importados que no se producen en el país (art. 38) y la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan al cuerpo de profesionales de la accionada y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología (art. 39), dentro de las cuales, estimo, resultan pasibles de ser encuadradas la aquí requeridas por la amparista.-

Así entonces, es que habrá de rechazarse la defensa que esbozara la accionada en cuanto a la ausencia de pilar o fundamento normativa que avalara la procedencia de la cobertura de las prestaciones reclamadas por la amparista.-

V) Queda claro entonces, a la luz de lo expuesto, que la accionada se encuentra obligada a brindar la cobertura -en un 100%, cfr. Ley nº 24.901- de las prestaciones reclamadas, en las condiciones solicitadas por la amparista, y que su negativa en tal sentido ha sido arbitraria –cfr. art. 43 de la CN-.-

#33063196#245239885#20190926105338975

VI) En cuanto a las costas de este proceso, corresponde su imposición a las vencidas, por aplicación el principio general vigente en la materia. (Art. 14 Ley 16.986).

FALLO:

I) Acogiendo parcialmente la acción de amparo promovida por la amparista en representación de su hijo en contra de la accionada OSMATA.-

II) Rechazando los pedidos de cobertura de las prestaciones de psicología cognitivo conductual, transporte, hormonas de crecimiento y consultas neurológicas en la Clínica 25 de Mayo, en virtud de los fundamentos esbozados en el considerando III.-

III) Ordenando a la accionada a que, en el plazo de cinco días a partir de que la presente quede firme, le brinde a la amparista el 100% de cobertura de las siguientes prestaciones: 1º) Terapia de habilidades sociales de carácter grupal, a razón de dos veces por semana con la Licenciada Ana Di Iorio en consultorio de calle Mitre 3172; 2º) prestación de apoyo bajo la modalidad PPDN y/o A.T. personal privado no docente y/o acompañante terapéutico para acompañar y asistir al paciente en el ámbito áulico en la escuela a la que asiste en calidad de alumno regular, Escuela Secundaria Provincial Pública nº 19, 6º año, de marzo a diciembre/2019; 3º) prestación de apoyo bajo modalidad PPDN y/o A.T. personal privado no docente y/o Acompañante terapéutico para acompañar y asistir al paciente en el ámbito domicilio-calle para adquirir autonomía e independencia en las actividades de la vida diaria, a razón de dos veces por semana, durante dos horas, de enero a diciembre/2019; 4º) supervisión de la prestación de apoyo modalidad PPDN y/o A.T. en el ámbito áulico y en el ámbito domicilio-calle, una vez por semana con la Licenciada Ana Di Iorio, de enero a diciembre/2019; 5º) ocho sesiones de evaluación psicodiagnóstica a cargo de la Licenciada Ana Di Iorio; 6º) Psicopedagogía a razón de una vez por semana, de enero a diciembre/2019; 7º) Natación adaptada bajo supervisión y mandato médico, a razón de dos veces por semana en Plaza Club, Falucho 2953; 8º) actividad física de bajo impacto en Gimnasio Mass (Alberti 2443), dos veces por semana de enero a diciembre/2019; 9º) armazones ETNIA BARCELONA KIEL -grbk de aluminio, altamente flexibles; 10º) AMITRIPTILINA 25 mg. por 30 comprimidos (TRIPTANOL) 1 vez por mes de enero a diciembre/2019 y por último 11º) cuatro consultas anuales con Psiquiatría Infanto Juvenil,

#33063196#245239885#20190926105338975

Dr. Mariano Palá, calle Mitre 3172, conforme prescripciones médicas adjuntas en autos, y en virtud de los fundamentos esbozados en el considerando IV.-

IV) Imponiendo las costas del proceso a la vencida.-

V)NOTIFÍQUESE, REGÍSTRESE, REGÚLENSE LOS HONORARIOS PROFESIONALES, CUMPLIMÉNTESE y, oportunamente, ARCHÍVESE.-

Santiago José Martín

Juez Federal

En igual fecha se libraron cédulas a las partes a los fines de anoticiar la presente sentencia definitiva dictada en el día de la fecha. Conste.-

#33063196#245239885#20190926105338975