

ACUERDO Nº 50. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales, Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 2160/07, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 8/10 se presentan J. M. F. y V. J. R., mediante apoderado y promueven acción procesal administrativa contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN –I.S.S.N.-. Pretenden que se revoque el Decreto PEP Nº 664 del 31 de mayo de 2007, que ratifica lo resuelto por el Director del I.S.S.N. y se condene a la obra social demandada a que indemnice los daños patrimoniales y morales provocados por el incumplimiento de la obligación legal de otorgar cobertura médica asistencial a su hija B.F., condenando a abonar la suma de \$85.000,00 o lo que en más se considere que corresponda, con más sus intereses y las costas.

Manifiestan que son afiliados a la Obra Social demandada. Relatan que el 6 de junio de 2001, encontrándose plenamente vigente su afiliación, nació su quinta hija B. (afiliada 786583/6) con diagnóstico de retraso mental moderado de etiología de base genética (trisomía del par XXI, Síndrome de Down).

Dicen que por su patología, la niña requirió atención médica intensiva, además de los controles ordinarios y debido a algunas complicaciones en su salud se intensificaron los tratamientos y exámenes médicos.

Expresan que apenas informados del diagnóstico, requirieron a la demandada la cobertura del 100% de los gastos propios de la atención de su hija, conforme lo regulado por el Plan Médico obligatorio (PMO) del Ministerio de Salud de la Nación, la ley sobre discapacidad (24.901) y las normas constitucionales en materia de protección de la infancia, sin recibir respuesta favorable.

Agregan que por ello, interpusieron una acción de amparo que tramitó ante el Juzgado de Familia, del Niño y el Adolescente Nº 2 de la ciudad de Neuquén, a cargo de la Dra. Isabel Kohon en autos caratulados “F. J. M. y otro c/ ISSN s/ acción de amparo” (Expte. 13125/03), donde se condenó al I.S.S.N. a otorgar cobertura integral del 100% a la niña B. F. en las instituciones elegidas por

sus padres, sin abonar coseguros. Dicen que, una vez firme el fallo, la demandada comenzó a brindarle la cobertura correspondiente.

Manifiestan que la dilación del Instituto para brindar la cobertura reclamada los obligó a tener que abonar de su propio peculio todo lo que el sistema de salud no quería cubrir.

Detallan que la totalidad de los gastos producidos desde el nacimiento de su hija B. y hasta que ésta alcanzó los cinco años de edad, fueron solventados por ellos, en forma exclusiva.

Sostienen que la obra social les adeuda en concepto de daño patrimonial el reintegro de las sumas abonadas, con más un resarcimiento por el daño moral padecido en consideración a todos los pormenores que tuvieron que sortear hasta obtener la cobertura adecuada.

Describen y explican los gastos afrontados en atención a los distintos tratamientos realizados. Detallan la situación económica familiar que, agregan, fue afectada por el incumplimiento del I.S.S.N.

Alegan que el carácter declarativo de derechos de la sentencia que puso fin a la acción de amparo determina que sus efectos sean retroactivos al momento del nacimiento de la menor, cuando se anoticiaron de su discapacidad.

Rechazan la postura de la demandada quien interpreta que tal resolución –la del amparo– es constitutiva de derechos y, por ende, que sus efectos son ex nunc. Expresan que el pronunciamiento judicial valora el derecho a la salud de la niña B. conforme al texto constitucional (derecho a la vida y el consecuente derecho a la salud, implícitos ambos en el art. 33 de la Constitución Nacional) y los instrumentos de derechos humanos jerarquizados mediante el art. 75 inc. 22 de la C.N. (en especial los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) los que conforman las denominadas reglas de reconocimiento constitucional.

Subrayan que para la rehabilitación de B. el paso del tiempo sin el tratamiento adecuado era perjudicial y por eso, tomaron la decisión de endeudarse o privarse de un mejor nivel de vida para que la menor de sus hijos recibiera atención médica idónea en pos de una mayor integración social.

Informan que actualmente su hija cursa sus estudios primarios y su evolución física y mental es muy favorable. Acotan que eso redundaría en beneficio de la obra social que no tiene que hacer frente a nuevos tratamientos severos y costosos.

Dicen que en sede administrativa se resolvió que el reclamo no era conducente porque la sentencia que hizo lugar al amparo se estaba cumpliendo y recurrida la decisión ante el Poder Ejecutivo Provincial, no encontraron respuesta favorable, ya que el entonces Gobernador entendió que no surgía con claridad la petición formulada por los aquí actores (cfr. Decreto 664/07.)

Reiteran la solicitud de revocación del Decreto PEP Nro. 664/07, por considerar que los efectos de la acción de amparo deben retrotraerse a la fecha del nacimiento de B. y porque existen documentos suficientes que acreditan los gastos efectuados en la atención de su hija.

Fundan en derecho, efectúan reserva de caso federal y formulan peticitorio.

II.- A fs. 33 mediante Resolución Interlocutoria Nro. 6887/09 se declara la admisión de la acción.

III.- A fs. 197 la actora opta por el proceso ordinario y se corre traslado de la demanda.

IV.- A fs. 203 toma intervención la Fiscalía de Estado y a fs. 207/214 contesta demanda, mediante apoderado, con patrocinio letrado el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

En primer término, la parte demandada formula las negativas de rigor y brinda su versión de los hechos.

Entiende que corresponde el rechazo de la acción incoada, porque la sentencia recaída en la acción de amparo tuvo carácter constitutivo de los derechos de la menor B. reclamados en aquella oportunidad, lo que importó que las obligaciones a cargo de la obra social resultaran “a futuro”, conclusión derivada del efecto “ex nunc”.

Manifiesta que luego de su dictado se dispuso el inmediato cumplimiento de la sentencia, otorgando cobertura asistencial integral a la menor en los porcentajes dispuestos (100%) y bajo los lineamientos allí determinados.

Afirma que los afiliados del I.S.S.N. no tienen derecho a requerir prestaciones de cualquier centro asistencial (prestador o no de la Obra Social) a su exclusiva libre elección y sin ningún tipo de coseguro.

Menciona las disposiciones de la Ley 611 respecto al derecho de los afiliados en la elección de los profesionales, pero siempre dentro del padrón de prestadores de la institución.

Plantea que no es el caso de la menor B., ya que a partir de la sentencia puede requerir prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación en cualquier centro de salud sin importar si está dentro o fuera del Padrón de prestadores del I.S.S.N., con una cobertura del 100%,

mediante el sistema de módulos. Esto implica que la obra social debe otorgarle coberturas diferentes a las del resto de los afiliados y en porcentajes superiores.

Dice que tal circunstancia es la prueba contundente de que la sentencia constituyó derechos en cabeza de la menor, porque le otorgó la posibilidad de requerir “a futuro” prestaciones en centros asistenciales prestadores o no del I.S.S.N.

Indica que las prestaciones al 100% sin tope o coseguro, sólo se acuerdan a los afiliados de I.S.S.N. con discapacidad, cuya condición haya sido acreditada mediante certificado emitido por la autoridad correspondiente –J.U.C.A.I.D.- y sólo desde que la Provincia adhiera a la Ley 24.901 en el año 2009 mediante la Ley provincial 2644, publicada el 6/6/09, es decir, con posterioridad a la

sentencia de la acción de amparo recaída en fecha 02/06/05.

Reitera que los derechos de la menor se constituyeron a partir del dictado de la sentencia. De otro modo, no podría comprenderse por qué se le otorgó el derecho de optar por cualquier institución asistencial (prestador o no) a elección de sus padres, sin auditoria o control de I.S.S.N. y sin límites o topes.

Cuestiona que los actores, con fundamento en el carácter declarativo de la sentencia, no hayan solicitado la devolución de los gastos realizados con anterioridad al proceso en la etapa de ejecución de la sentencia del amparo.

Analiza la resolución condenatoria de la sentencia y plantea que si la menor B. cuenta con el derecho de recibir prestaciones y cobertura sin límites y en cualquier centro, es sólo porque una sentencia judicial así lo dispuso y, ello fue para el futuro, es decir, con efecto “ex nunc”.

En consecuencia, rechaza los reclamos derivados de sumas y/o reintegros por gastos no probados que los padres alegan haber realizado en tiempos anteriores al dictado de la sentencia.

Manifiesta que la actora deberá probar que ha existido un daño cierto a su integridad, mediando relación causal entre la alegada conducta antijurídica atribuible al I.S.S.N. Cuestiona los daños reclamados.

Como conclusión alega que: la sentencia dictada en la acción de amparo fue de carácter constitutivo de derechos y, en consecuencia, nada se les debe a los actores por gastos anteriores al dictado de aquélla. Afirma que los daños objeto de la pretensión no encuentran fundamento, ni sustento fáctico.

Hace reserva del caso federal.

V.- A fs. 228 se abre la causa a prueba, clausurándose dicho período a fs. 441, donde se colocan los autos para alegar.

VI.- A fs. 445/449 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia hacer lugar parcialmente a la demanda.

VII.- A foja 450 se dispone el llamado de autos y a la fecha se encuentra firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Como surge de la lectura del escrito inicial, los accionantes atribuyen responsabilidad al Estado, en virtud de la falta de servicio en que habría incurrido uno de sus organismos autárquicos (ISSN), consistente en la omisión de otorgar a su hija con discapacidad, una cobertura médico asistencial del 100% desde el momento de su nacimiento y hasta la sentencia recaída en el amparo que tramitó ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nro. 2, de esta ciudad capital.

En términos generales para que exista responsabilidad del Estado se exige que: a) éste haya incurrido en una falta de servicio, b) la actora haya sufrido un daño cierto y c) exista una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546).

IX.- En la especie, no se encuentra controvertido que B.F. nació prematuramente el 06/06/2001 (cfr. H.C. obrante a fs. 9/10 del Expte. 13125/03) y que presenta una discapacidad por alteración trisómica del par XXI, conocida como Síndrome de Down (cfr. fs. 53 diagnóstico efectuado mediante estudio citogenético de fecha 14/06/2001).

Asimismo, tampoco se desconoce que los padres son afiliados al ISSN y que sus afiliaciones estaban plenamente vigentes al momento del nacimiento de la menor (Afiliada bajo el Nro. 786583/6).

De igual manera, no se encuentra discutido que luego de la sentencia del amparo de fecha 02-06-2005, tramitado en el Expte. 13125/03, la Obra social demandada comenzó a brindar una cobertura del 100% de las prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación requerida por la menor B.F.

Lo que constituye el thema decidendum es el alcance de la cobertura de las prestaciones asistenciales que requería la menor B.F. con anterioridad a la sentencia del amparo.

Más precisamente, lo que se debate es si el ISSN debió brindar una cobertura integral –al 100%- de todas las prestaciones que fueran requeridas por la menor B.F. desde el momento en que fueron peticionadas y hasta la sentencia del amparo que reconoció su derecho.

La demandada basa su negativa en que: a) la sentencia del amparo sólo proyecta sus efectos para el futuro; b) los afiliados no tienen derecho a requerir prestaciones de cualquier centro asistencial, sino solamente de los prestadores de la Obra Social; c) el Centro interdisciplinario –Naceres- al que asiste la menor no es prestador del ISSN; d) La Provincia adhirió a la Ley Nacional 24.091 que dispone el 100% de la cobertura de las prestaciones por discapacidad con posterioridad al período reclamado por los padres (Ley 2644 del 06/06/2009); e) aun cuando se prevé la cobertura del 100% de algunas prestaciones, éstas deben ser autorizadas por el ISSN, previa obtención del certificado de la JUCAID.

Por su parte, los actores afirman que la cobertura integral de las prestaciones necesarias para la atención de las personas con discapacidad es un derecho reconocido en la Constitución Nacional y Pactos Internacionales, con prescindencia de la adhesión provincial a la ley nacional.

X.- En este contexto fáctico, es preciso recordar el marco normativo en el que se inserta la problemática bajo estudio, tanto en el orden federal como en el local.

X.-1.- En este sentido, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral e irrenunciable” (art. 14 bis). A su vez la reforma operada en 1994, reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...) (primer párrafo del artículo 75 inciso 23).

“Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que además deberá contemplar –por expreso mandato constitucional – el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a “la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...” (segundo párrafo del art. citado)” (CSJN, Q. 64 XLVI. Recurso de hecho “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” sentencia del 24/04/12).

X. 2.- Desde allí, no hay dudas respecto al reconocimiento del goce de derechos fundamentales como la salud especialmente frente al colectivo de la discapacidad.

Máxime si se consideran, en especial, los parámetros jurídico-axiológicos que surgen de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incorporados mediante la reforma de 1994 y que conforman el bloque de constitucionalidad que debe regir todo el actuar del Estado argentino y de las provincias que lo conforman.

Al respecto, vale mencionar:

-La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 reconoce el derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios" y estipula que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" (apartado 2°).

-El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 11.1 determina que los Estados partes "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia" y asumen el compromiso de tomar "medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

-La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: En su artículo XI recepta el derecho de toda persona "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

-La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.280): En su artículo 3 estipula que los Estados Partes, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas "...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración...".

Y más específica aún:

- La Convención sobre los Derechos del Niño: La misma reconoce que "el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad" así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado

del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él" (art. 23).

Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Sobre este último se estipula que los Estados partes "adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (art. 27.3). Por último, en su art. 3° la Convención marca como principio rector que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3).

X.-3.- Particularmente, en materia de protección integral de derechos de las personas con discapacidad, el Estado argentino ha ratificado dos instrumentos internacionales de Derechos Humanos: a nivel regional, la Convención Interamericana de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y, más recientemente a nivel universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fuera incorporada como texto constitucional mediante la Ley 27.044 que le otorgó tal jerarquía conforme lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 última parte, de la Címera Nacional.

Esta Convención tiene la particularidad de ser la primera de Derechos Humanos de la O.N.U. en el Siglo XXI y marca un profundo cambio en la consideración de las personas con discapacidad pasando desde un modelo médico rehabilitador a un modelo social de la discapacidad. Fue producto de un proceso que se venía gestando en punto a un cambio de paradigma sobre la concepción de esta especial temática.

Concretamente, se desplaza el "modelo médico" de la discapacidad y se lo sustituye por el "modelo social y de derechos". En tal sentido, el modelo social de la discapacidad trae aparejado la modificación de las actitudes y de los enfoques a adoptar respecto de las personas con discapacidad, en el entendimiento que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las debidas a la actitud y el entorno.

En el Preámbulo de la Convención se reconoce que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La Convención no crea nuevos derechos, sino que fortalece los reconocidos en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, al expresarlos de una manera que comprenda las necesidades y situaciones de las personas con discapacidad, asumiendo que "el problema no radica en el reconocimiento del derecho sino en el modo de garantizarlo para que pueda ser ejercido en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad." (cfr. Villaverde, María Silvia, "Derechos civiles y políticos de las Personas con Discapacidad" publicado en "Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las Convenciones Internacionales y de la Legislación vigente que los garantizan), ed. EUDEBA).

Allí, la autora citada explica que "La libertad y la participación de las personas con discapacidad constituyen las claves de interpretación del proyecto de inclusión social diseñado en la Convención (...) Así, el derecho a la salud física y mental implica 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, evitar otras discapacidades

e integrarse en su comunidad. Del mismo modo, estas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación para “alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía” (art. 3 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, ONU 1993).”

Y concluye, “Todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad. Las personas con discapacidad necesitan, en muchos casos, un apoyo social apropiado – entendiéndose por tal el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno, propiciando de ese modo el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios,

oportunidades de educación y trabajo, vida cultural, social, gremial y política, deportes, recreación)." (cfr. opus. cit.).

Para ello, la Convención establece que los Estados Partes tomarán "todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas", debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño" (art. 7º, apartados 1 y 2).

En ese mismo marco, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos discapacidad, debiendo los estados adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud (art. 25).

Conjuntamente con la ratificación de la Convención también se aprobó su Protocolo facultativo organizando la jurisdicción de control del Tratado.

Así, la Convención incluye mecanismos de vigilancia nacional e internacional.

En el plano nacional, el artículo 33 establece tres mecanismos que son pertinentes para la aplicación y la vigilancia de la Convención y en el plano internacional, el artículo 34 establece el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conformado por expertos independientes que desempeña varias funciones, reconociéndose una amplia legitimación para denunciar el incumplimiento del Estado parte a la Convención (cfr. art. 33).

Dentro de las obligaciones, nuestro país se comprometió a "asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad..." asumiendo obligaciones en pos de tales objetivos, conforme el art. 4. En éste artículo, en su inciso 5 se establece que "las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitación ni excepciones".

X.- 4.- En el derecho interno, la ley 24901 de Prestaciones básicas, establece un "sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos" (art. 1).

Tal "Sistema Único de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad" produjo un cambio trascendental en el sistema prestacional, al asegurar la universalidad de la atención de las personas con discapacidad, mediante la integración de políticas y de recursos institucionales y económicos afectados a la temática.

También la ley 22.431 que instituyó un sistema de protección integral a las personas con discapacidad, tendientes a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social.

Lo propio realiza la ley provincial 1634, que estableció “un régimen de protección integral para la persona con discapacidad, tendiente a asegurarle atención médica, educación, seguridad social, beneficios, franquicias y estímulos que le permitan neutralizar su discapacidad y le den oportunidad de desempeñarse en la sociedad con el mayor margen de integración y armonía” (artículo 1).

Asimismo, la Provincia del Neuquén, en el mes de junio del año 2009, adhirió a “...la ley nacional 24.901, de Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad” (art. 1 Ley 2644) y si bien su reglamentación fue postergada, tal

adhesión confirmó la exigibilidad de los derechos reclamados por las personas con discapacidad en la Provincia y, en especial, frente a la demandada.

Este Cuerpo tuvo oportunidad de expedirse sobre la exigibilidad de la normativa nacional en el ámbito provincial, al establecer que "...la normativa referida [por la ley 24.901] resulta plenamente vigente en nuestro ámbito, a partir de la adhesión formulada mediante la Ley provincial Nº 2.644" (R.I. 148/12, del Registro de la Secretaría Civil de este Cuerpo en autos "MUÑOZ, ADRIANA

ANGÉLICA Y OTRO C/ I.S.S.N S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. Nº 54-año 2012).

Por su parte, la reforma Constitucional provincial acaecida en el año 2006, incorporó el artículo 47 que prescribe "La Provincia reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea, de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia. El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización...".

Asimismo, en el artículo 50, expresamente se refiere a la temática de la discapacidad, estableciendo que: "El Estado garantiza el pleno desarrollo e integración económica y sociocultural de las personas discapacitadas, a través de acciones positivas que les otorgue igualdad real en el acceso a las oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la

Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes y esta Constitución, sancionando todo acto u omisión discriminatorio. Promueve y ejecuta políticas de protección integral y de fortalecimiento del núcleo familiar, entendido como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tendientes a la prevención, rehabilitación, educación y capacitación e inserción social y laboral. Promueve y consolida el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, comunicacionales, sociales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo."

Cabe precisar que, con anterioridad a tal reforma, la Constitución Provincial ya preveía la protección integral de la familia (art. 24) y la "rehabilitación integral de los discapacitados" (art. 54 inc. n), además de un régimen de seguridad social (art. 54 inc. I y II)

En ese contexto se enmarcó la creación del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (Ley 611), continuador jurídico de la Caja de Previsión Social de la Provincia (Ley 178) y de la Obra Médico Asistencial de la Administración (Ley 42) y, en tal virtud, tiene por finalidad el cumplimiento de los fines del Estado en materia de seguridad social.

Específicamente, en lo que aquí interesa, le corresponde la prestación de los servicios de salud y asistenciales a sus afiliados a los que asegura el goce de los beneficios creados por la ley 611 y los que en el futuro se crearen (conf. art. 1 y 4 de la ley 611).

A su vez, el art. 96 de la misma ley establece que la Dirección de Prestaciones de Salud y Asistenciales realizará en la Provincia todos los fines del Estado Provincial en materia de salud y asistencial para sus agentes en actividad y pasividad (...) teniendo los afiliados el derecho a la libre elección de los profesionales de las ciencias médicas conforme a los requisitos que se establezcan, reafirmando el sistema de obra social abierta y arancelado. Por su parte, el art. 101 establece que las prestaciones de salud atenderán a la protección y recuperación de la salud y a la rehabilitación y readaptación del afiliado y su grupo familiar a cargo e incluirán la provisión de medicamentos y aparatos de prótesis y ortopedia.

Como se advierte, se trata de un vínculo de seguridad social que hace que la relación se deba sujetar a los principios que rigen en ella. En este sentido, la Corte Suprema ha indicado que en la

actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral.

Los principios de la seguridad social aplicables son los de integralidad, universalidad e igualdad. (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, La empresa médica, pág. 81).

Y entre los derechos de los beneficiarios de la obra social puede mencionarse el de obtener una prestación integral y eficaz. Como regla general se ha señalado un deber de prestación integral y óptimo que no alcanza con disponer de medios técnicos y recursos humanos, sino que consiste en utilizarlos con sentido dinámico y coordinado para que actúen bien (conf. obra citada, pág. 88).

Expuesto el sistema de fuentes aplicable al caso, es preciso aclarar que aun cuando la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” fue aprobada con posterioridad al tiempo en que sucedieron los hechos hoy controvertidos –al igual que la ley 2644 de adhesión al régimen nacional, ley 24.901- lo cierto es que al momento en que los accionantes reclamaron las prestaciones al ISSN demandado (año 2001), se encontraban plenamente vigentes el plexo de derechos consagrados en la Constitución Nacional y aquéllos reconocidos en los Pactos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), en especial, la Convención de los Derechos del Niño, como así también, a nivel local, los derechos reconocidos en el texto Constitucional Provincial del año 1957 y la ley 611.

XI.- Luego, situados en la perspectiva constitucional de los Derechos Humanos receptada en los Pactos Internacionales reseñados y la legislación citada, no cabe otra conclusión que otorgar responsabilidad al Estado por la falta de oportuna cobertura asistencial plena e integral de la menor B.F., a fin de lograr su integración social en todos los aspectos requeridos.

Es que, a la luz de tales principios, la negativa dada por la Obra Social frente al requerimiento de cubrir el 100% de las prestaciones a favor de la niña con discapacidad, aparece como irrazonable, desde que se aleja del estándar de protección y de asistencia integral de la discapacidad y desconoce el principio del “interés superior” de las personas de menor edad, cuya tutela prioriza la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

En efecto, la Obra Social argumenta que las personas con discapacidad tienen cubierto el 100% de las prestaciones que requieran –siempre y cuando sean de prestadores autorizados- y bajo el sistema de módulos, siempre que se cuente con el certificado de discapacidad emitido por la JUCAID.

Mas ello resulta insuficiente e inadecuado a los fines de cubrir las necesidades y requerimientos de prevención, asistencia, tratamiento, rehabilitación, estimulación y promoción de las personas con discapacidad de suerte tal de facilitar su integración social, procurando el óptimo desarrollo

de sus capacidades y su autonomía, en respeto a su dignidad.

En este contexto, el diagnóstico, tratamiento de afecciones y patologías, y la estimulación temprana de una niña, nacida prematuramente y con Síndrome de Down, aparece como una necesidad que debió ser solventada integralmente por la Obra Social, no siendo razonable la aplicación del sistema de prestaciones por módulos o las limitaciones relativas a prestadores autorizados; máxime teniendo en cuenta que la menor en cuestión contaba con el certificado expedido por la autoridad provincial de Rio Negro, el 17/08/2001 (cfr. fs. 10/12 Expte. administrativo 2369-046745/4 Alc. 0000 Año 2003).

Es que, en el caso particular, se encuentra en juego el derecho a la salud de una niña menor de edad y con discapacidad, que merece una protección especial y específica por parte del Estado -en este caso, a través de su Obra Social-.

En este análisis no puede soslayarse que, si bien la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y la ley Nacional 24.901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la Obra Social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994, que privilegia el “interés superior del niño” y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad.

Conforme lo tiene dicho el Máximo Tribunal “La primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

La Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos 327:3677; 332:2043) y “garantizar” significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar las medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General nº 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional” (Fallos 332:709).

La irrazonabilidad de la negativa se evidencia en mayor medida si se analiza el caso desde la perspectiva de las fuentes internas (Ley 24.901 y Ley provincial 2644) e internacionales antes mencionadas –en especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- que posteriormente fueron delineando, con mayor precisión, los derechos consagrados constitucionalmente a partir de la reforma de 1994.

No hay dudas, entonces, respecto al deber de garantizar los derechos humanos fundamentales, en especial el derecho a la salud y con mayor resguardo por tratarse de una menor con discapacidad.

Desde la jurisprudencia nacional ese es el norte trazado, inspirada indudablemente en el principio “Pro Homine”, criterio hermenéutico que informa toda la legislación referida a los Derechos Humanos y que prescribe que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Es que el derecho a la salud (artículos 42 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) está indisolublemente unido a la calidad de vida y, por ende, a la dignidad de la persona.

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación afirmó que: "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de la naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Causa RH – Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y acción social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas neoplásicas"; 24/10/2000 (J.A. 2001-III-464).

Desde allí, que el requerimiento a la cobertura integral de las prestaciones y la protección bajo análisis, en el marco específico, constitucional e internacional que la consagra, avala el reconocimiento del derecho vulnerado, tal como oportunamente fue reconocido en la acción de amparo.

Era una obligación legal para el ISSN -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este

ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisibles a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados.

Las pautas interpretativas aludidas reafirman la solución aquí establecida y determinan el incumplimiento por parte de la Obra Social –durante el período reclamado–.

XII.- Desde allí, aparecen confirmados los requisitos de la responsabilidad estatal en punto al accionar ilegítimo de la Obra social que guarda una relación de causalidad adecuada con el daño alegado.

Y con ello, también se diluye el planteo de la demandada sobre los efectos de la sentencia de la acción de amparo, en punto a si era constitutiva o declarativa de derechos.

Esto porque, la sentencia de amparo pese a que sigue las reglas generales de la sentencia definitiva del proceso de conocimiento, sus efectos son distintos atendiendo al objeto preciso de la acción.

Su procedencia se encuentra condicionada a que la actividad de la administración pública, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícitas o implícitamente reconocidas por la Constitución Provincial (Ley 1981).

Así el resolutorio final del proceso de amparo contiene un contenido específico en punto a poner fin a aquellos actos que atentan contra los derechos reconocidos constitucionalmente. Tiende entonces a restituir la situación jurídica restringida o a que cese inmediatamente la lesión constitucional.

Al dictar sentencia en la acción de amparo no se constituyó un nuevo estado jurídico; por el contrario se condenó a cumplir conforme el derecho de los actores, en especial el derecho de la niña B. F. a recibir una cobertura integral.

En efecto, en el amparo se hizo lugar a la demanda “...disponiendo que el ISSN arbitre los medios necesarios para cubrir mediante el sistema de módulos, el porcentaje del 100% de las prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación que la niña efectúe en el centro de su elección, aún cuando éste no revista el carácter de prestador de la misma.” (cfr. fs. 196/200 Expte. 13125/03).

Luego, mediante la resolución aclaratoria de fecha 10/06/05 –fs. 204 expte. cit.–, se señala que “...la sentencia dictada lo es en el amplio sentido de que la obra social debe cubrir el 100% de las prestaciones terapéuticas, asistenciales y de rehabilitación que la niña realice en el centro terapéutico de su elección, lo que obviamente incluye las prestaciones enumeradas en el escrito de inicio de la acción y que se efectúan en el centro terapéutico Naceres que es el que han elegido y no es prestador del ISSN” (PS Año 2005, Nro. 2 bis, Fº 7 bis Tº I).

Para así resolver, se analizó la situación planteada a tenor de la prueba producida y pese a considerar que la Provincia del Neuquén no se encontraba adherida a la Ley 24901, se juzgó que "...el derecho a la vida es el primer derecho de la persona que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (...). Es entonces que adquiere relevancia garantizar a los menores discapacitados el acceso efectivo a los servicios de salud y de rehabilitación y más allá de lo expresamente normado por la ley referida, los servicios que se deben a las personas discapacitadas comprenden las prestaciones de rehabilitación, de educación, asistenciales, terapéuticas educativas y las especiales que requiera la patología. Ello, con el fin de lograr la integración social de las personas con discapacidad a la sociedad tal como está constituida. Ahora bien, ha quedado sobradamente probado que la niña requiere prestaciones que no pueden

calificarse como estrictamente médicas, sino que son de orden psicopedagógico y asistencial, que hacen a su rehabilitación integral y evidentemente a su más alto y completo desarrollo en el límite de sus capacidades para posibilitar la integración en la sociedad de las personas con capacidades diferentes. Y este es un derecho que debe ser reconocido y respetado...”.

No hay margen para interpretar algo distinto a lo que se sustentó en aquel resolutorio. Lo que fue reconocido debió ser cubierto por la demandada, con anclaje constitucional, desde el momento del requerimiento de la cobertura, sin necesidad de accionar judicialmente para alcanzar ese objetivo.

XIII.- Sentado ello, resta determinar la procedencia de los rubros y la extensión del resarcimiento reclamado.

Los actores solicitan la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que alegan haber sufrido como consecuencia del incumplimiento por parte del ISSN de su obligación legal, constitucional y convencional. Respecto de los primeros, cabe remitirse a la pericia contable realizada en las presentes, a los fines de su determinación. Así a fs. 380/385 la perito contadora, realizó un primer relevamiento de gastos, que arrojó un monto menor al total de los reintegros efectuados por el ISSN (a valores históricos) y considerando que no era razonable, dedujo que la información suministrada no estaba completa. Por ello, requirió al I.S.S.N. una ampliación detallada sobre los reintegros realizados.

La parte actora solicitó que el demandado acompañe la información (fs. 387) y la obra social acompañó un informe dado por la Coordinación de Gestión de Control.

Se completó la pericia a fs. 417/421 y así el importe de gastos y reintegros que surge del nuevo relevamiento arroja una diferencia entre ambos conceptos de \$6.623,20 en favor de los accionantes, a valores históricos.

Dicho informe no fue impugnado por ninguna de las partes, por ello, en uso de las facultades que otorga el art. 165, tercer párrafo, del C.P.C.y C., estimo prudente fijar dicha suma por este rubro.

XIV.- Por último debe considerarse el reclamo por daño moral.

Téngase en cuenta que este daño supone la privación o disminución de bienes no económicos que tienen un valor singular para la persona humana, como son la paz, la tranquilidad espiritual, la libertad, el honor, la integridad física y los más sagrados afectos y sentimientos. Tiene una función satisfactoria frente a los matices espirituales del sufrimiento, reparadora del dolor, del sufrimiento y hasta de la frustración de un proyecto existencial (conf. Azpeitia, Gustavo A.; Lozada, Ezequiel y Moldes, Alejandro J.E., "El daño a las personas", Ábaco, Buenos Aires, págs. 44/45).

En esta línea, importa "una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir que se traduce en un modo de estar de la

persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho como consecuencia de éste y anímicamente (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. t. 2.a., p. 49). Señala la misma autora que "constituye daño moral toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto que como consecuencia del suceso opere por manifestación positiva (daño moral positivo) o negativa (beneficio espiritual cesante) [...] Es que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones síquicas dolorosas, incómodas o aflictivas pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal" (op. cit., p. 554-5).

Las constancias de autos dan cuenta de las especiales circunstancias vividas por los accionantes como consecuencia de no haber contado con la prestación integral durante el período reclamado, cuya cobertura se encontraba a cargo de la demandada.

En esta línea, puede advertirse una serie de aspectos que evidencian claramente un sufrimiento que los actores debieron atravesar, ello en consideración de las circunstancias que rodearon los reclamos ante la Obra Social en pos del cumplimiento integral pretendido hasta la sentencia de amparo.

La negativa de la Obra Social a cubrir las prestaciones indispensables que necesitaba su hija recién nacida, con una discapacidad, que requería de una atención urgente a fin de evitar trastornos futuros en su desarrollo, importó un episodio traumático, inesperado, que les acarreó inevitables padecimientos y angustias cuya reparación no puede dejar de reconocerse.

De igual modo, la continuidad o no, del tratamiento de rehabilitación integral e interdisciplinario, como se pone de manifiesto en la demanda de la acción de amparo, que redundó en el crecimiento de la niña dependiendo de la cobertura de la demandada produce un estado de incertidumbre y angustia en los actores que repercute en el daño bajo análisis.

Así lo manifiestan al referir que "el abandono o interrupción del mismo y/o el cambio de profesionales que la asisten desde los 3 meses de vida derivaría en significativas regresiones en su positiva evolución, afectando negativamente la emocionalidad de la niña".

Ahora bien, la reparación del daño moral constituye una medida en pesos que representa un elemento positivo de sustitución de goce, satisfacciones y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

Se ha dicho que el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado.

La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia.

Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, se establece como reparación total para el rubro, la suma de \$6.000 en conjunto.

XV.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma total de \$12.623,20. A dicha suma se le deberá adicionar los intereses debidos calculados desde el 23/12/05 (fecha del reclamo Expte. 3469-048329/2) hasta el 01-01-2008, a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada hasta el efectivo pago,

a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. criterio establecido en Acuerdo "Alocilla", entre otros).

Las costas del pleito se imponen a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305).

El Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: Por compartir los fundamentos expuestos por el Señor Vocal que votara en primer término, Dr. Massei, me pronuncio en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr.

Fiscal, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda incoada por J. M. F. y V. J.

R. contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia,

condenar a éste último a abonarles la suma de \$12.623.20 en concepto de resarcimiento por el daño (patrimonial y moral) sufrido por los accionantes, por la falta de cobertura integral de las prestaciones asistenciales requeridas por su hija B. F. con más los intereses establecidos en el considerando XV; 2°) Las costas serán soportadas por la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del C.P.C. y C); 3°) Diferir la regulación de los honorarios hasta contar con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese. Con lo que se dio por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO

MOYA

Dra. Luisa A. Bermúdez - Secretaria