

Autos n° 23.117 (175518/1 - 1° FAMILIA) caratulados: "DE LOS RÍOS SANSONE, MARÍA GUADALUPE c/ DIRECCIÓN DE OBRA SOCIAL PROVINCIA s/ AMPARO (ACTUACIONES PARA ELEVAR)"

SALA PRIMERA CÁMARA DE APELACIONES CIVIL

En la ciudad de San Juan, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, reunidos en la SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA, los Señores Magistrados, Dres. SERGIO D. SAFFE PEÑA y LUCÍA E. DARONI, a fin de celebrar acuerdo sobre el recurso de apelación que se interpusiera a fojas 104/119, contra la sentencia definitiva, recaída en autos N° 23.117 (175518/1 - 1° FAMILIA) caratulados: "DE LOS RÍOS SANSONE, MARÍA GUADALUPE c/ DIRECCIÓN DE OBRA SOCIAL PROVINCIA s/ AMPARO (ACTUACIONES PARA ELEVAR)", dictada en fecha quince de diciembre de dos mil veinte (15/12/2020), obrante a fs. 86/101 de estos autos, originarios del Octavo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería; recurso que una vez concedido tuviera debida sustanciación.

El Dr. SERGIO D. SAFFE PEÑA, dijo:

Vienen a estudio estos autos, por recurso que interpuso la demandada, Dirección de Obra Social de la Provincia de San Juan (en adelante: D.O.S.), contra el fallo de fecha 29/04/2020, en cuyo resolutorio el a quo resuelve l) Hacer lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. MARÍA GUADALUPE DE LOS RÍOS SANSONE (D.N.I. 39.955.597) y, en consecuencia, condenar a la DIRECCIÓN DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN a dar cobertura total (100%) para la prestación de acompañante terapéutico durante el cursado de la amparista como alumna del Profesorado de Educación Física del Instituto Santa María, de la

Universidad Católica de Cuyo, en el presente ciclo y en los posteriores hasta culminar sus estudios -salvo el caso de no continuar los mismos- lo que deberá acreditar ante la D.O.S. con el certificado de regularidad del cursado ante el Instituto I.S.F.E. Santa María (Universidad Católica de Cuyo), a fin de que año a año se renueve la cobertura correspondiente, conforme los fundamentos expuestos en los considerandos respectivos. 2) Regular los honorarios de la Dra. MARÍA EMILIA FARRÁN AHUN (Mat. 4315), por su actuación como patrocinante de la amparista, como vencedora en el proceso, en la suma de Pesos ocho mil (\$ 8.000), a la fecha de dictado de la sentencia hoy recurrida.

Los agravios: Los agravios se encuentran agregados a fs. 105/119 y contienen una crítica enfocada, principalmente, al análisis que hizo el juez respecto a los presupuestos de procedencia de la acción; el sustento del fallo en una resolución dictada en otro proceso y ajena a estos autos; en la arbitrariedad de la sentencia por fundarse en normativa que no es de aplicación a la D.O.S. y/o es objeto de una errónea interpretación.

La apelante invoca seis agravios, a saber:

El primer agravio radica en que, pese a la inexistencia de los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de amparo, se dió trámite e hizo lugar a la misma. Señala que el a quo comienza a fundamentar la sentencia enumerando los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de amparo, citando doctrina y/o jurisprudencia sobre el tópico; para luego concluir -erradamente- que los citados presupuestos están cumplidos o acreditados en el caso concreto.

Comienza su crítica destacando, desde un primer momento, que la D.O.S. obró conforme a la normativa aplicable al momento de dictar el acto administrativo. Cuestiona que el fallo entienda que es ilegal o arbitrario el acto administrativo cuando el mismo fue dictado conforme a la legislación vigente.

Agrega que la ilegalidad o arbitrariedad debe ser palmaria, evidente, para la procedencia de la acción de amparo, que no implique diversas opiniones, o discusiones en cuanto a la interpretación de las normas; y niega que en el caso se encuentren presentes dichas características. Afirma que el Interventor de la D.O.S., al resolver el rechazo de la cobertura, decidió conforme a derecho y la jurisprudencia de la Corte de Justicia, v.gr.: "Páez, Leonardo C/ DOS –Amparo" y "Velázquez, Ivana C/ DOS – Amparo", entre otros antecedentes.

Dice que no es controvertido que el derecho a la salud esté resguardado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la Constitución provincial o que la amparista necesite el acompañante terapéutico, lo que sí discute la accionada es quién debe afrontar esa prestación, quién es el obligado a brindarla. Afirma que la legislación vigente (Ley 216-Q, y su decreto reglamentario), fue consentida por la amparista, y es esta la que permite a la D.O.S. determinar en qué casos otorgar cobertura y en qué casos no; y siempre respecto al acompañante terapéutico la resolución fue la misma, negar la cobertura; no afectando el principio de equidad ni igualdad, ya que la DOS no otorga este tipo de cobertura a ninguno de sus afiliados. No existe acto u omisión lesiva de un derecho constitucional por parte de la accionada, porque no es la Dirección de Obra Social quien debe satisfacer tal obligación, sino el Estado provincial, como lo refleja la propia legislación utilizada por el a quo para fundamentar la condena a la DOS. Critica que el juzgador sostenga que el accionar de la D.O.S. no solo se afecta el derecho a la salud sino también el derecho a la educación. La resolución D.O.S. n° 04483-I-2020, de fecha 23/07/2020, no afecta el derecho a la salud de la amparista y tampoco vulnera su derecho a la educación, pues no es la persona jurídica que debe proteger ese derecho a la salud y educación de la actora, sino que tal deber u obligación recae sobre el Estado Provincial.

Apunta que a la Dirección de Obra Social no se le aplica la ley 24.901 y que lo dicho es el criterio adoptado por la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan en autos n° 3836/06 caratulados "VELAZQUEZ, IVANA YANINA c/ PROVINCIA DE SAN JUAN (OBRA SOCIAL PROVINCIA s/ ACCIÓN DE AMPARO", donde el máximo tribunal local estableció claramente que: "...la ley 24.901 no son aplicables a la Dirección de Obra Social Provincia...", y esto es así porque como bien la ley 24.901 expresa, es de aplicación a todas las obras sociales incluidas en la ley 26.660, encontrándose la Dirección de Obra Social fuera del ámbito de aplicación de dicha legislación. Si a esto le agregamos que la DOS es una persona jurídica distinta a la Provincia de San Juan, tal cual tiene dicho la Corte de Justicia en el fallo "PÁEZ, LEONARDO c/ DOS y otro – AMPARO, mal puede condenarse a cubrir la cobertura de una prestación a la que por ley no está obligada la D.O.S.

Insiste en varios de sus párrafos en que no existe derecho vulnerado por parte de la D.O.S.; ni arbitrariedad o ilegalidad y mucho menos que ella sea manifiesta. Afirma que existe otra vía más idónea consistente en requerir la cobertura a la persona jurídica que corresponde hacer frente a esta prestación, a la obligada por ley, que es la Provincia de San Juan y no la Dirección de Obra Social.

Por último, en cuanto al primer agravio, la recurrente denuncia que pese a realizar el planteo en forma oportuna, al contestar el pedido de informe, el sentenciante no se expidió respecto a la falta de agotamiento de la vía administrativa por parte de la amparista, quien ante la resolución denegatoria, remitió dos cartas documentos, requiriendo el cumplimiento de medida judicial, pero sin interponer los recursos administrativos correspondientes, y pese a ello, inicia directamente un proceso de amparo. Abandonando la vía administrativa, sin su necesario agotamiento previo. Estima que la resolución denegatoria adquiere carácter de cosa juzgada administrativa. Concluye que,

en definitiva, no está acreditado en autos que existieron los presupuestos procesales para la procedencia de la acción de amparo.

Como segundo agravio, la recurrente apunta a la incidencia que en el plano de la realidad tuvo para el a quo la existencia de un proceso judicial anterior. Expone que el sentenciante manifiesta en su resolución que ya existió otro proceso judicial por la misma prestación, el que tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo, y en el cual la Sra. Juez le otorgó cobertura solo por el período lectivo 2019, y ahora en autos interpuso acción por el período 2020.

En realidad -critica la recurrente- nada tiene que ver el proceso de amparo anterior y mal puede invocarse como fundamento para hacer lugar a la presente acción de amparo, lo sucedido en un proceso judicial distinto. Insiste en que la resolución recurrida cita una serie de legislación que se refiere al tema, pero que es inaplicable a la demandada. Advierte que el yerro de la amparista radica en no demandar a la Provincia de San Juan, ni iniciar trámite administrativo alguno ante ninguna de sus dependencias.

En cuanto al tercer agravio, señala que el mismo consiste en la inaplicabilidad de la legislación citada como fundamento de la sentencia a la Dirección de Obra Social Provincia. Acto seguido, la recurrente transcribe parte de la sentencia impugnada en lo relativo a la normativa que el juzgador estima aplicable al caso -en rigor, funda- y a la D.O.S. La agravia que se aplique a la accionada una normativa que no está destinada a ella. Reitera que la Dirección de Obra Social Provincia y la Provincia de San Juan son personas jurídicas distintas. Cita y transcribe un -adelanto- contundente precedente de la Sala Segunda de la Corte de Justicia local.

A posteriori, la apelante se avoca a analizar la legislación utilizada en la sentencia para fundamentar el decisorio.

Con relación a la invocada Ley 24.754 (Medicina Prepaga), acota que la misma es aplicable a las entidades o empresas de medicina prepaga; a las entidades o empresas comprendidas en las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, dentro de las cuales no está la D.O.S. (cfr. art. 1º, Ley 24.754).

Sobre la Ley 23.660 (Ley de Obras Sociales), indica que de acuerdo al ámbito de aplicación fijado en su artículo 1º -que transcribe-, la D.O.S no se encuentra alcanzada por dicha normativa. Memora que, inclusive, nuestra Corte de Justicia, se expidió sobre este tema en el caso "VELÁZQUEZ, IVANA c/ DOS – AMPARO", en forma coincidente al planteo de la demandada en estos autos.

Respecto a la Ley 24.901 (Ley de Discapacidad), insiste en que no es de aplicación a la D.O.S., porque está fuera del alcance previsto por el propio artículo 2º de la ley, y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan así lo ha resuelto en el fallo dictado en autos n° 3836/06 caratulados "VELAZQUEZ IVANA YANINA c/ PROVINCIA DE SAN JUAN (OBRA SOCIAL PROVINCIA s/ ACCIÓN DE AMPARO)", debido a que la ley de discapacidad es de aplicación a todas las obras sociales incluidas en la 23.660; y la Dirección de Obra Social Provincia no está entre estas últimas.

En cuanto a la Ley 646-S: Es una ley provincial mediante la cual el Estado Provincial, es decir, la Provincia de San Juan adhiere a la ley 24.901 y su decreto reglamentario 1193/98, pero resalta que la Dirección de Obra no adhirió y, por tratarse de un ente autárquico, de una persona jurídica distinta al Estado Provincial, no es una ley aplicable a la accionada.

Sobre la Ley 953-S: Dice que ella es de aplicación al Estado provincial, a la Provincia de San Juan y no a la D.O.S., pues pone en cabeza del Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social el registro de certificado de discapacidad. Cita y transcribe su artículo 11, relativo a los servicios de prevención y asistencia; y el art. 20 de dicho régimen normativo, sustentando su planteo.

Acerca de la Ley Nacional 22.431: Señala que el Juez a-quo incurre en el mismo error que cometió con la legislación tratada en los puntos anteriores, debido a que todo lo normado en dicha ley, es aplicable -únicamente- y exigible al Estado Nacional. No obstante, el Estado Provincial dictó la Ley 953-S, en idéntico sentido a la ley nacional 22.431, a los fines de brindar protección integral a las personas con discapacidad; y ninguna de ellas es aplicable a la demandada.

En relación a los artículos 15, 24 y 61 de Constitución de San Juan: La Dirección de Obra Social no ha violado ningún derecho reconocido por estas normas. Concluye afirmando que existe arbitrariedad al fundarse una sentencia en normativa inadecuada e inaplicable a la relación entre las partes. El siguiente cuarto agravio gira en torno a la errónea interpretación de la ley 216-Q. Afirma que pretender incluir la cobertura de acompañante terapéutico en el artículo 2° de la ley 216-Q, es erróneo. En primer lugar, el artículo 2° de la ley 216-Q, trata en términos generales la finalidad que tiene el régimen pero esto no implica un deber de la DOS, ni tampoco determina cuáles son las prestaciones que debe cubrir. Advierte, además, que el juzgador obvió lo establecido por los arts. 13 y 16 de la ley 216-Q -transcribe ambas normas-, e invocados desde un primer momento por la accionada. Dice que estos artículos son los que determinan las facultades de la propia DOS, de establecer qué prestaciones y en qué porcentaje va a cubrir. Que se trata de un régimen especial, distinto al de las obras sociales prepagas o alcanzadas por la Ley 23.660. Advierte que ello no significa que el afiliado quede desprotegido, sino que en estos casos debe recurrir a las reparticiones del Estado provincial a tramitar estos pedidos, ya que el Estado Provincial sí está obligado por la legislación nacional y provincial a brindar las prestaciones que no cubre la D.O.S.

El quinto agravio, señala la recurrente, reside en el porcentaje de cobertura impuesto a la D.O.S.. Critica que el sentenciante, además, afirma que corresponde otorgar la cobertura del 100%, debido a que la accionada no ha acreditado que tenga que cubrir un porcentaje menor. Al respecto, la apelante advierte que siempre sostuvo que no le corresponde brindar la cobertura pretendida, que tal deber recae en el Estado provincial a través del Ministerio competente en el área. El a quo, además, se funda en que la prestación por el período 2019 fue cubierta por la D.O.S., pero desatiende que ello se debió a que fue en cumplimiento de una manda judicial. Tampoco es correcta -agravia- la decisión de otorgar cobertura por el tiempo que dure le cursado de la carrera hasta que culmine sus estudios, atento a que repito, no corresponde la cobertura.

Para concluir, la apelante invoca como sexto agravio la imposición de costas a la D.O.S., como consecuencia propia de lo resuelto -erróneamente- en el punto 1° de la sentencia vencida. Solicita la apelante que se haga lugar a los anteriores agravios y, por ende, se revoque el punto 2° del resolutorio, se impongan las costas a la amparista vencida y regulen los honorarios profesionales de los letrados de Fiscalía de Estado intervinientes.

A su turno, estos agravios son contestados a fs. 121/127, por la amparista, objetando la procedencia de los mismos y resistiendo la pretensión impugnatoria.

Análisis de los agravios:

Entiendo que la causa no ha sido acertadamente resuelta por el juez a quo, por lo que adelanto la procedencia parcial de los agravios de la apelante en base a los motivos y fundamentos que infra se exponen.

Primeramente, debo resaltar que no se seguirá el tratamiento de los agravios en el orden propuesto por la apelante pues deviene poco conveniente en miras al deber de procurar el más adecuado desarrollo lógico-jurídico de la

argumentación que conlleva a la decisión adoptada. En tal orden de ideas, procederemos a verificar si las leyes nacionales y/o provinciales invocadas por el sentenciante son aplicables a la D.O.S. y/o, en su caso, interpretadas correctamente. Es decir, verificar si se trata de una derivación razonada del derecho aplicable al caso, de una resolución razonablemente fundada (cfr. art. 3 CCyC).

El a quo, funda su decisorio en las siguientes bases: a) Afirma que la D.O.S. deniega arbitraria e ilegítimamente la cobertura solicitada y cita un precedente de la justicia federal, no válido o transferible al caso, pues en el mismo se aplican normas que no alcanzan o aplican a la D.O.S.; b) sostiene que cuando la prestación médica no satisface plenamente el derecho a la salud es de aplicación la ley 24.754, en cuanto a la cobertura de prestaciones mínimas obligatorias (obviando que su ámbito de aplicación no alcanza a la D.O.S.); c) Afirma que la D.O.S. debe observar y cumplir la ley 24.901 y su decreto reglamentario, atendiendo a la adhesión que la Provincia de San Juan realizó a la misma mediante ley 646-S, sin advertir los términos y condiciones de la adhesión y, sobre todo, que la D.O.S. está excluida de su ámbito de aplicación; d) Interpreta que del art. 2º de ley 216-Q, deriva que una prestación como la requerida por la amparista no puede permanecer sin cobertura por parte de la D.O.S.; desatendiendo que el mentado artículo constituye una norma teleológica del sistema que implementa la ley 216-Q, pero que de ella mal puede extraerse que exista del imperativo de cobertura pues, tal como surge de dicho cuerpo normativo y de la interpretación armónica/sistémica que exige, las prestaciones y coberturas están sujetas a la decisión del organismo de aplicación, conforme a las posibilidades financieras del ente autárquico y descentralizado y que, respecto a prestaciones de apoyo como a la pretendida, es el Estado provincial, persona jurídica distinta de la D.O.S. quien asume y se autoimpone la cobertura de las mismas como veremos.

Realizadas estas referencias y aclaraciones previas, iniciaremos el desarrollo argumentativo de la decisión propuesta, con el estudio y análisis pormenorizado del régimen jurídico de creación de la D.O.S. (Ley 44-Q) y/o del marco normativo relativo a la cobertura de salud de funcionarios y agentes públicos (Ley 216-Q), ambos regímenes resultantes de la autonomía provincial (cfr. arts. 1, 5, 121 y ccdtes, C.N.; art. 1º y ccdtes, Constitución de San Juan), y en la convicción que esta tarea marcará y permitirá fundar con toda nitidez el rumbo de la decisión a adoptarse. Entendemos que el punto de partida reside en analizar la procedencia de los agravios relativos a la ausencia de un obrar arbitrario, ilegítimo o contrario a derecho por parte de la D.O.S., a la inaplicabilidad de las normas que contempla el a quo para hacer lugar a las pretensiones de la amparista.

Desde un primer momento advertimos que el art. 28 de la Ley 216-Q (régimen jurídico relativo a la cobertura de salud de funcionarios y agentes públicos), establece: "La aplicación del presente régimen estará a cargo de la Dirección de Obra Social, creada por ley Nº 44-Q, la que continuará actuando como una entidad autárquica y descentralizada, y tendrá capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y ejercitar los actos propios de organismos de aplicación...". Acto seguido, el artículo 29 de la mentada ley formal prevé: "Es de exclusiva competencia de la Dirección de Obra Social actuar como financiadora de las prestaciones que cubran los riesgos emergentes en materia de salud y otros servicios sociales para todo el personal de la administración pública provincial y municipal, jubilados, pensionados y retirados de los regímenes previsionales provinciales, miembros de su familia a cargo y los sectores de actividad pública, privada o mixta que adhieran a este régimen. Por ello será responsable de la obtención, mantenimiento y utilización de los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para lograr el objetivo del régimen instituido por esta Ley...".

De las normas transcriptas y de aplicación al caso, surge imprescindible memorar algunos conceptos básicos de derecho público y administrativo: descentralización funcional y autarquía.

Sin hesitación, las previsiones de los artículos 28 y 29 de Ley 216-Q, denotan una descentralización funcional por parte de la Provincia de San Juan en la D.O.S.. El dictado de la ley provincial 44-Q (a la que remite el art. 28 de Ley 216-Q), importó la creación de un ente público estatal, distinto de la administración central, al que se le atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales (cfr. art. 2º y ccdtes., Ley 216-Q) y presenta los siguientes caracteres: a) personalidad jurídica propia (cfr. art. 28, de Ley 216-Q y Ley 44-Q); b) cuentan con asignación legal de recursos (cfr. art. 6 y sgtes., Ley 44-Q); c) su patrimonio es estatal, es decir son de "propiedad" del Estado (cfr. art. 6 y ccdtes., Ley 44-Q); d) tienen capacidad de administrarse a sí mismos (cfr. art. 15 y sgtes., Ley 44-Q); e) son creados por el Estado (art. 1º, Ley 44-Q); f) están sometidos al control estatal (cfr. arts. 1º, 2º y ccdtes, Ley 44-Q) y g) tienen un fin público (cfr. arts., 1º, 2,º y ccdtes, Ley 44-Q; y art. 2º y ccdtes., Ley 216-Q).

Por medio de las leyes Nº 44-Q y 216-Q, se materializa una descentralización funcional, por servicios o institucional, pues la misma se estructura sobre la base de un criterio puramente técnico, que da lugar a que determinados servicios, cometidos o prestaciones sean conferidos a un órgano administrativo con personalidad jurídica propia, en un ente creado por ley formal para ejercer esa competencia, de manera específica: D.O.S.

Es menester destacar que la descentralización administrativa concierne el máximo grado de subjetivación orgánica y su finalidad radica en la necesidad de agilizar la actividad administrativa mediante la creación de un organismo especializado y tecnificado en la materia de que se trata, v.gr. salud y servicios sociales. Asimismo, no puede soslayarse que otorgarse mediante ley formal

personalidad jurídica propia a la D.O.S., se le confiere la posibilidad de demandar o ser demandada y de responder –eventualmente- con un patrimonio propio y distinto al de la administración central. Recordemos, además, que la descentralización administrativa siempre tiene su origen en una ley formal, v.gr. B.C.R.A., A.G.N., entre otros, en el orden nacional; E.P.R.E., D.O.S., etc., en el orden local.

La descentralización es el sistema en el cual partiendo de una división distinta de las competencias administrativas, las facultades de decisión corresponden y son atribuidas a otros órganos administrativos que no forman parte ni integran la administración central y que gozan de cierto grado de iniciativa, libertad de acción y resolución.

La autarquía que reconoce y otorga a la D.O.S. su ley de creación y posteriormente ratifica la Ley 216-Q (art. 28), es una especie o modalidad -la más habitual por cierto- dentro del género descentralización. La autarquía implica no sólo la facultad de auto-administrarse sino que reúne también otras condiciones: a) satisfacción de un fin estatal, típicamente administrativo; b) administración de la entidad bajo un régimen integral de Derecho Público.

La idea de autarquía es de raigambre netamente administrativa y se refiere a la condición de ciertas personas jurídicas públicas estatales que tienen la aptitud de administrarse por sí mismas y tener sus propios recursos, con sujeción a un marco de normas superiores que le son impuestas y cumpliendo fines públicos específicos. La autarquía consiste, entonces, en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía. La autonomía de los órganos descentralizados presupone no estar sujetos a la administración central y no estar sujetos a las decisiones jerárquicas de ésta, por lo que dotar de personalidad jurídica y patrimonio propio a los entes descentralizados es asegurar en esa autonomía, básicamente la autonomía

económica que consiste en la libre disposición de los bienes que forman su patrimonio propio y en la aprobación y ejecución de su presupuesto sin injerencia de ninguna autoridad central.

Sumado a lo expuesto, resulta de enorme trascendencia señalar los caracteres de ente u organismo descentralizado y autárquico que las leyes formales atribuyen a la D.O.S., también han sido expresamente reconocidos por la Sala Segunda de la Corte de Justicia local en numerosos fallos, entre ellos: Expte. N° 3836/06, "V.I.Y. c/ PROVINCIA DE SAN JUAN (OBRA SOCIAL PCIA.) s/ AMPARO - INCONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN" (27/02/201); Expte. 4054, "PAEZ, LEONARDO F. Y OTRA c/ PROVINCIA DE SAN JUAN (DOS) - AMPARO - INCONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN" (17/11/2019), entre otros precedentes.

Determinada y reconocida con precisión la naturaleza jurídica, caracteres y la personalidad jurídica propia -distinta del Estado provincial- que posee la D.O.S., procederemos a ahondar en el estudio y determinar si le resultan aplicables las leyes nacionales y/o locales en base a las cuales -adelantamos que erróneamente- el a quo hace lugar a las pretensiones de la amparista.

En razón del camino que trazamos en las líneas precedentes, comenzaremos con algunas consideraciones generales sobre el sistema establecido por la **ley nacional 24.901**, que crea todo un régimen de protección a las personas con discapacidad e instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con discapacidad, tendiente a brindar a éstas cobertura integral (art. 1), determina las prestaciones que deben ser satisfechas por cada obra social (art. 2); y que el Estado Nacional debe afrontar si la persona con discapacidad carece de esa cobertura (art. 4). A su turno, el art. 8° de la ley 24.901, dispone: "El Poder Ejecutivo propondrá a las provincias la sanción en sus jurisdicciones de regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley". El panorama se

completa con el correspondiente decreto reglamentario -N° 1193/98- que prevé la posibilidad de que provincias y municipios adhieran al sistema de la ley nacional.

Veamos a continuación quiénes están obligados a cumplir con las prestaciones de la ley 24.901: a) las obras sociales, respecto de sus afiliados; b) el Estado Nacional (y los estados provinciales o municipales que hayan adherido), respecto de las personas que carecen de cobertura de obra social. Respecto al primero de los incisos (inciso a), cabe brindar mayores precisiones y advertir que las obras sociales a que alude son las enunciadas en el artículo 1° de la ley nacional N° 23.660. Ello resulta del artículo 2° de Ley 24.901, que establece: "Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el art. 1° de la ley 23.660...".

A la luz de preceptuado por los arts. 1° y 2°, de Ley 24.901 y art. 1° de **Ley 23.660**; las denominadas "obras sociales provinciales" no están alcanzadas por el ámbito de aplicación de estas leyes nacionales y, obsérvese, tal exclusión resulta armónica con lo que dispone el art. 6° de la ley 23.661 (ley que estableció el "Sistema Nacional de Seguro de Salud") que fija: "El personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito no serán incluidos obligatoriamente en el seguro...".

Es de vital importancia destacar que la exclusión de las "obras sociales provinciales" (in re: la DOS), del ámbito de aplicación -y por ende de inexigible cumplimiento- a estas personas jurídicas, ha sido reconocida y declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "**Las leyes 23.660 y 23.661, excluyen del sistema asistencial nacional únicamente al personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades, y a los jubilados y pensionados del mismo ámbito**" (CSJN, "OBRA SOCIAL PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE c. PROVINCIA DE BUENOS AIRES",

Fallos: 319:408). En base al análisis efectuado podemos afirmar que las obras sociales provinciales -en este caso la D.O.S.- y municipales no están en principio -salvo que adhieran-, obligadas a brindar las prestaciones de la ley 24.901. **El ente autárquico y descentralizado, D.O.S. es una de las obras sociales provinciales excluidas de la enumeración del art. 1º, de la ley 23.660 y, a consecuencia de ello, no está obligada a brindar a sus afiliados las prestaciones de la ley 24.901 (cfr. arts. 1º y 2º).**

Lo sostenido surge de la interpretación literal de las normas citadas en el párrafo anterior. Interpretación literal que debe seguirse ante todo y mientras la misma sea clara. Recordemos que la Corte Suprema pregona: "El primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley" (Fallos 324:1740, 3143, 334; 326:4909). En este caso las palabras de la ley no admiten otra interpretación, las disposiciones de la ley nacional 24.901, no son aplicables a la D.O.S. y, por ende, afirmar que la negativa de obra social a brindar la cobertura resulta arbitraria e ilegítima por incumplir la ley 24.901, resulta desacertada.

Obsérvese que la conclusión arribada coincide con lo resuelto por la Sala Segunda, de la Corte de Justicia de San Juan, en varios pronunciamientos: "...la ley atribuye a las obras sociales la cobertura de las prestaciones enunciadas en la norma (art. 2), pero antes aclara que comprende por tales a las entidades enunciadas en el artículo 1 de la ley 23660. Pues bien, las denominadas ""obras sociales provinciales"" no están incluidas en la enumeración del citado artículo. Es decir, que la Dirección de Obra Social no está incluida en la citada enumeración, lo que -al menos en el citado contexto- parece no obligarla a cumplir con las prestaciones de la ley." (2006-II-284).

El sentenciante también invoca como fundamento legal de lo decidido que cuando la prestación médica no satisface plenamente el derecho a la salud es

de aplicación la ley 24.754, en cuanto a la cobertura de prestaciones mínimas obligatorias. Esta afirmación presenta la misma falencia que fuera advertida respecto a la ley 24.901 y la D.O.S., es decir, también resulta ajena, inaplicable e inexigible a la D.O.S. la ley 24.754 pues la misma establece prestaciones obligatorias a las empresas de medicina prepaga y su art. 1°, remite expresamente a las leyes 23.660, 23.661 y 24.455; cuyos ámbitos de aplicación -conforme a sus propias previsiones- no alcanza a las obras sociales provinciales como la D.O.S. Nuevamente, se invoca y pretende fundar lo decidido en normas inaplicables al caso concreto y/o a la accionada.

En cuanto a la interpretación que el a quo realiza del art. 2° de ley 216-Q, en cuanto entiende que del mismo surge el deber de brindar la prestación requerida por la amparista; asiste razón a la recurrente al señalar que el mentado artículo constituye una norma teleológica del sistema que implementa la ley 216-Q, pero que de ella mal puede extraerse que exista del imperativo de cobertura pues, tal como surge de dicho cuerpo normativo y de la interpretación armónica/sistémica que exige, las prestaciones y coberturas están sujetas a la decisión del organismo de aplicación, conforme a los principios que sustentan el sistema y las posibilidades financieras del ente autárquico y descentralizado (arts. 18, 28, 29, 30, 33 y ccdtes, ley 216-Q).

Ahora bien, lo dicho no importa afirmar que no exista un sujeto obligado a brindar las prestaciones de la ley 24.901, pues lo será el estado provincial o municipal correspondiente, siempre que haya adherido, o, en última instancia, el Estado Nacional. No hay otra interpretación posible. En primer lugar, porque entender que nadie tiene la responsabilidad contravendría el propósito abarcador del sistema de protección y violaría el derecho a la igualdad de los afiliados a las obras sociales provinciales.

Además, porque esa solución conduciría a un resultado absurdo: pondría a estos afiliados en peores condiciones que los que carecen de obra social.

Al respecto, la Corte de Justicia local ha dicho: "Las personas con discapacidad no deberían quedar desprotegidas: el artículo 4 de la ley 24.901 establece que ""Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado"". Por lo que vengo diciendo, entiendo que el artículo debe ser interpretado en el contexto que el artículo 2° fija. Es decir, comprendiendo, no sólo a los que carecen de obra social, sino también a los afiliados a obras sociales que, por no estar incluidas en la enumeración del artículo 1 de la ley 23660, tampoco están obligadas a las prestaciones (Corte de Justicia de San Juan, Sala Segunda, P.R.E. S.2ª. 2006-III-493)".

Si recurrimos al derecho público provincial comparado y los pronunciamientos de los máximos tribunales locales, podemos advertir que, por ejemplo, en idéntico sentido a la Corte local, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa sostuvo: "...si puede alguien no cubierto por el sistema de seguridad social reclamar las prestaciones a lo que lo autoriza su discapacidad, aquel que se encuentre dentro del sistema no podrá verse en condiciones más desfavorables, so pena de una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley que cuenta con la garantía del art. 16 de nuestra Constitución Nacional. (STFormosa, 26/06/2006, "PEÑA, JOSÉ LUIS c. I.A.S.E.P.", LLLitoral 2006, septiembre, 1075).

Lo dicho supra conlleva a referirnos a las obligaciones del Estado Provincial, persona jurídica distinta de la accionada y no demandada en autos. En tal cometido, advierto que **la Provincia de San Juan, adhirió a la ley nacional N° 24.901, mediante la ley 646-S del año 2000 (B. O. 18/01/02), mediante una particular redacción.** El art. 1° dispuso: "Adherir a la Ley Nacional N.

24.901 y su Decreto Reglamentario N. 1.193/98, que establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Esta adhesión y la implementación de las prestaciones en ella contempladas se encuentran condicionadas a la efectiva disponibilidad de recursos afectados, tanto de origen nacional como provincial, que se encuentren contemplados en las respectivas Leyes de Presupuesto Nacional y Provincial". La adhesión aparece sujeta a una especie de "condición suspensiva": la existencia de fondos disponibles, lo que, a su vez, podía derivar, bien de que el presupuesto nacional destine a la Provincia tales fondos, bien de que el propio presupuesto provincial los afectase.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, a partir de la sanción de la ley provincial 953-S (B.O. 24/01/08), se instituye todo un sistema provincial de protección integral de las personas con capacidades especiales (cfr. art. 1°), que procura asegurarles una amplia gama de servicios, coberturas y apoyaturas. Entre las coberturas de apoyo asumidas expresamente por el Estado provincial -no delegadas en la D.O.S.- están aquellas tendientes a la promoción, capacitación e inserción laboral (cfr. art. 25, sptes. y ccdtes.). Ergo, la accionante se encuentra amparada por ley 953-S (cuyo art. 15, remite a la ley 24.901), mediante la cual el Estado provincial -persona jurídica distinta a la D.O.S.- asume el deber, la obligación, de hacerse cargo de las prestaciones y/o apoyaturas necesarias para la promoción, capacitación e inserción laboral (cfr. arts. 1, 25, sptes. y ccdtes.). A su turno, analizando los beneficiarios del sistema de la ley 953-S, son aplicables las consideraciones que efectué más arriba sobre los afiliados a obras sociales provinciales y municipales. Hablando particularmente de la D.O.S., es evidente que sus afiliados no pueden estar en peores condiciones que quienes carecen de obra social. Recordemos que la afiliación es obligatoria para los funcionarios y agentes estatales, ellos ni siquiera pueden mudar de obra social. Una

interpretación distinta a la propuesta llevaría a que deberían renunciar a sus trabajos para que el Estado cubra las prestaciones derivadas de la discapacidad. Este argumento por el absurdo demuestra que el ámbito de aplicación de la ley 953-S, debe interpretarse expansivamente y a consecuencia de ello, dentro del grupo de personas excluidas del sistema de seguridad social, debe incluirse a los afiliados de la D.O.S., y por ende, es el Estado provincial por medio del Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social, a través de la Dirección para las Personas con Discapacidad, conjuntamente con el Ministerio de Salud Pública (cfr. art. 20), el organismo de aplicación del régimen y ante quien debe acudir la amparista peticionada la cobertura que pretende en este proceso. Por consiguiente, las pretensiones de la amparista para con la D.O.S., como la acción procesal ejercida y dirigida en autos a esta última, resultan improcedentes y así debe resolverse.

En cuanto a las costas de esta instancia y del proceso, las particularidades del caso me mueven a una solución también particular. Considero que la amparista pudo considerarse con derecho a reclamar a la D.O.S., atendiendo que existe en la comunidad -lega- una evidente percepción -errónea- de que la Obra Social es el Estado Provincial mismo, que se trata de una única persona jurídica. Sumado a ello, y estimo determinante a los fines de lograr la errónea convicción de la accionante, el pronunciamiento favorable, de fecha 29/10/2019, que obtuvo en autos N° 170.147, caratulados: "De los Ríos Sansone, María Guadalupe c/ Dirección de Obra Social - Amparo", que tramitaron por ante el Juzgado Contencioso Administrativo; torna absolutamente entendible que la amparista se considerara con derecho a reclamar a la D.O.S. y/o que es a ésta contra debía dirigir su acción procesal. En virtud de ello, propicio que las costas se impongan en el orden causado, conforme lo prevé y faculta el art. 66, párrafo 2° del C.P.C.. No se regulan

honorarios a favor de los profesionales que actúan por Fiscalía de Estado a la luz de lo preceptuado por el art. 20 de ley 319-E.

Así voto.

La Dra. LUCÍA E. DARONI dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto emitido precedentemente.

En mérito al resultado de la votación que antecede,

EL TRIBUNAL RESUELVE:

I) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia que condenó a Dirección de Obra Social de la Provincia de San Juan a dar cobertura total (100%) para la prestación de acompañante terapéutico durante el cursado de la amparista como alumna del Profesorado de Educación Física del Instituto Santa María, de la Universidad Católica de Cuyo, durante el ciclo 2020 y en los posteriores hasta culminar sus estudios;

II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por la demandada y, en consecuencia, revocar la imposición de costas a cargo de la accionada e imponer las mismas en el orden causado.

Protocolícese, notifíquese en debida forma, y bajen los autos al Juzgado de origen.

FALLO AUTOS N°175869 (C.C. SALA IV N°1823) DEL JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CARATULADOS: "SADA JORGE ALBERTO Y FLORES MARÍA SOLEDAD C/ PROVINCIA DE SAN JUAN Y OBRA SOCIAL PROVINCIAS/ AMPARO

En la ciudad de San Juan, a los 29 días del mes de abril de dos mil veintiuno, reunidos en acuerdo los miembros de la Sala IV de la Cámara Civil, señor Presidente Juan Jesús Romero y la Sra. Vocal, Dra. María Eugenia Varas, a fin de resolver las apelaciones deducidas y fundadas a fs 473/477 y fs 483/499 por la actora y demandada respectivamente, contra la sentencia definitiva obrante a fs. 442/460 y vta., dictada en AUTOS N°175869 (C.C. SALA IV N°1823) DEL JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CARATULADOS: "SADA JORGE ALBERTO Y FLORES MARÍA SOLEDAD C/ PROVINCIA DE SAN JUAN Y OBRA SOCIAL PROVINCIAS/ AMPARO", en fecha 12 de marzo del año en curso, por la Sra. Juez titular del Juzgado Contencioso Administrativo. Ambas apelaciones fueron concedidas a fs. 507 y vta. sin efecto suspensivo.-

Encontrándose consentida la integración del Tribunal a fs. 538, seguidamente se fijan las cuestiones a resolver.-

EL DR. JUAN JESÚS ROMERO, dijo: ¿Es ajustada a derecho la sentencia venida en recurso, y en su caso, qué pronunciamiento corresponde dictar?

1.- La sentencia.

Mediante el pronunciamiento impugnado la juez a quo, hizo lugar parcialmente a la acción de amparo promovida por los actores en representación de su hijo menor, Maximiliano Emir Sada Flores, condenando a la Provincia de San Juan para que, a través del Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social, amplíe la cobertura ya concedida mediante la

Resolución N° 2547-MDHyPS-20 de "Docente de apoyo a la inclusión" (DAI) para el ciclo lectivo 2020, a partir de agosto de ese año y hasta el 23/04/2023, momento en que finaliza la vigencia del certificado de discapacidad emitido por la Dirección de Personas con Discapacidad, conforme los aranceles fijados por el MDH; rechazando en consecuencia el pedido de cobertura retroactivo al mes de marzo del año 2.020, sin límite de tiempo y con aplicación de los aranceles previstos por la Resolución 6/19 de la Agencia Nacional de Discapacidad. Asimismo rechazó la demanda deducida contra la Dirección de Obra Social (DOS). Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios en favor del letrado patrocinante de la actora.

2. - Sus fundamentos.-

Para resolver de este modo la juez a quo, tras formular un minucioso relato de los antecedentes que informan la causa, efectuó un encuadre constitucional y convencional sobre la procedencia de la acción de amparo citando profusa doctrina y jurisprudencia alusiva al tema.

Ingresando al análisis de la pretensión deducida en autos, sostuvo que no se encontraba controvertido que los actores, actuando en ejercicio de la representación legal de su hijo Maximiliano Emir Sada, son afiliados de la Dirección de Obra Social Provincia (en adelante DOS); que el niño padece un trastorno de salud (conforme certificado de discapacidad acompañado), siendo necesario el servicio de apoyo de una Docente Auxiliar Integradora (DAI) para ser asistido en su actividad alfabética, en cuanto que asiste al Colegio "Ciudad del Sol", a la "Sala de 5 años" en el ciclo lectivo 2.020.(cfr. copia del certificado de escolaridad obrante en fs. 35 y 351).-

Asimismo sostuvo que tampoco se ha controvertido la figura de la DAI propuesta, Sra. María Alejandra Cabrera Gimenez, habiendo mediado otorgamiento de una cobertura anterior para el ciclo lectivo 2019 (cfr. Resolución 3460-MDHyPS-2019).-

Por ello consideró que la controversia se circunscribe a determinar si la DOS esta obligada a brindar la cobertura de la DAI y en su caso si el subsidio otorgado por el Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social , mediante Resolución N°2547-MDHyPS-20, resulta suficiente a fin de satisfacer el derecho en cuanto al monto reconocido y tiempo de vigencia, habida cuenta que los actores solicitan que el subsidio sea retroactivo al mes de Marzo del año 2.020, con vigencia ilimitada y fijado según los valores estipulados por el PMO para las Obras Sociales Nacionales.

En lo concerniente a la oposición formulada por la demandada respecto a la procedencia de la acción, con fundamento en que la actora no agotó la vía administrativa ante la DOS, la juez a quo sostuvo que a partir de la reforma constitucional de 1994, los derechos y garantías consagrados en la constitución, tanto Nacional como Provincial, son de carácter operativo, por lo que las objeciones de carácter instrumental y/o procedimentales no tienen cabida cuando por esta vía se requiere la efectivización de tales derechos constitucionales, máxime si el destinatario es un niño.

De igual modo sostuvo que tampoco obsta la procedencia del amparo la existencia de otros procesos fijados por la ley, ello en la medida que los mismos no resulten eficaces para la oportuna resolución de la cuestión.

En relación al requisito de urgencia exigido por el Instituto en cuestión, sostuvo que la situación sanitaria producida por la pandemia de Covid-19 justifica sobradamente la procedencia del amparo judicial como la única vía posible para obtener una respuesta urgente para la efectivización del derecho conculcado, en el caso concreto, el derecho a la educación del niño, ya que transitar otra vía podría tornar ilusorio la concreción del derecho reclamado.

Seguidamente la juez a quo, en relación a la acción deducida contra la D.O.S., sostuvo que dicho ente denegó la prestación solicitada en expediente n°813-1862-S-2020 por no estar contemplada en el sistema de cobertura de

la obra social, por tratarse de una cuestión relativa al ámbito del Ministerio de Educación (cfr. Resolución N°521-ME-01); y que si bien los amparistas impugnaron administrativamente dicha resolución, requirieron subsidio ante el Ministerio de Desarrollo Humano para cubrir tal prestación. Así consideró que tal conducta importa un reconocimiento, por parte de los actores, que la prestación requerida estaba a cargo de tal repartición, concluyendo que la acción intentada contra la DOS debía desestimarse.

En relación a la Resolución N°2547-MDHyPS-20, que otorgó un subsidio de \$ 45.000, por los meses de Agosto a Diciembre del ciclo lectivo 2.020, la juez a quo entendió que dicho instrumento no concede el derecho con la extensión y plenitud requerido, conforme las pautas y principios establecidos por la Ley 26061 y tratados internacionales que garantizan el derecho a la educación de los niños en forma igualitaria.

En relación a la situación provocada por la pandemia del COVID19, sostuvo que si bien justificó que los actores solicitaran el subsidio ante el Ministerio de Desarrollo Humano en el mes de Julio del año 2.020, no procedía su reconocimiento desde el inicio del ciclo lectivo, ya que los amparistas no acreditaron el pago de la DAI por los meses faltantes, mediante la presentación de los recibos respectivos. Así entendió correcta la fecha a partir de la cual fue otorgado el subsidio (agosto de 2.020).

En cuanto a que el subsidio se otorgue por tiempo indeterminado, como lo pretenden los actores, la juez a quo consideró pertinente determinar como límite temporal de la prestación, la fecha de vigencia del certificado emitido por la Dirección de Personas con Discapacidad, esto es, hasta el 23/04/2023. En este aspecto consideró que la Resolución N°0485-MDHyPS-2020, no satisfacía plenamente el derecho de la actora.

En lo concerniente a que el monto del subsidio se ajuste al valor arancelario previsto por la Resolución 6/2019 de la Agencia Nacional de la

Discapacidad, la juez a quo advirtió que esa autoridad nacional no ejerce su jurisdicción sobre las provincias.-

Que además no consta en el expediente administrativo ni en la demanda judicial, prueba que demuestre que la DAI haya formulado reclamación alguna tendiente a cuestionar el honorario fijado por el MDHyPS mediante Resolución N°0485/MDHyPS/2020, habiendo percibido el subsidio sin manifestar disconformidad al respecto. Por ello desestimó tal pretensión.-

En base a estas consideraciones entendió que estaban dados los presupuestos de procedencia de la acción de amparo promovida, admitiendo parcialmente la pretensión contra el Ministerio de Desarrollo Humano, en lo concerniente a la ampliación de cobertura de la prestación requerida por los amparistas, otorgada mediante Resolución N°2547-MDHyPS-20, a partir del mes de agosto de 2.020 y hasta la expiración del certificado de discapacidad, es decir, hasta el 23/04/2023.-

Contra dicho pronunciamiento ambas partes dedujeron sendos recursos de apelación.-

3.- Expresión de agravios de los amparistas (fs. 473/477).-

Los apelantes resisten el pronunciamiento de fs. 442/460 vta. en cuanto rechaza la acción de amparo deducida contra la D.O.S., considerando que la condena impuesta al Ministerio de Desarrollo Humano resulta insuficiente ya que no manda a pagar el arancel establecido por la Resolución 6/19 de la Agencia Nacional de Discapacidad y la actual 2/2020, como que tampoco fija la prestación por la totalidad del tiempo solicitado por aquella parte.

Así consideran que la sentencia apelada es arbitraria, contraria a derecho, infundada, incorrecta en cuanto a la valoración de la prueba aportada y aplicación de las reglas de la sana crítica racional. Por ello consideran que tal decisorio es nulo de nulidad absoluta por carecer de los requisitos establecidos por el art. 164 inc. 3, 4 y 5 del CPC.-

Exponen que la necesidad de DAI constituye una prescripción de carácter médico (patología psicológica) que esta comprendida dentro de las coberturas previstas por el Programa Médico obligatorio (P.M.O.) que debe ser asumida por la Obra Social (DOS). De igual modo consideran que resulta aplicable la resolución 6/19 de la Agencia Nacional de Discapacidad y la vigente para el año 2020, ya que su aplicación no fue cuestionada en autos.-

Agrega que el MDHyPS no es autoridad competente para fijar los aranceles de la DAI. Que el importe reconocido por la sentencia es menor a un SMVM. Que el Defensor del Pueblo y la Defensoría Oficial no han sido oídos en la medida que sugirieron hacer lugar a la acción.-

Seguidamente el apelante afirma que la sentencia puesta en crisis es violatoria de derechos constitucionales y convencionales del niño; tales como su derecho a la educación, salud, dignidad, inclusión educativa y social, no discriminación, igualdad, debido proceso, decisión fundada, tutela judicial efectiva. Que la sentencia atacada no fija las consecuencias del eventual incumplimiento del obligado.-

Asimismo impugna los honorarios fijados en favor del letrado patrocinante de la actora por considerarlos bajos en función de los montos mínimos sugeridos para el caso por el Foro de Abogados.-

En función de lo expuesto pide que este Tribunal haga lugar a la demanda contra la Obra Social Provincia en todos sus términos con expresa imposición de costas al demandado; debiendo ordenarse la cobertura de DAI en su totalidad en favor del niño Maximiliano Emir Sada Flores, para el ciclo lectivo 2020 y la totalidad de su escolaridad, mientras los profesionales idóneos así lo requieran. Todo ello de acuerdo al arancel fijado por la Resolución Conjunta N°2/2021 del Ministerio de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad, y las que en el futuro se dicten a fin de actualizar los montos

de dichos honorarios. Formulan reservas legales en caso de sobrevenir resolución adversa.

A fs. 513/522 y vta. contesta memorial la accionada, quien por los motivos que allí expresa solicita el rechazo del recurso.-

4.- Expresión de agravios de la accionada (fs. 483/499 y vta.)

Agravia a la demandada que la juez a quo haya acogido parcialmente la acción de amparo deducida contra la Provincia de San Juan, por considerar que su representada no ha incurrido en violación de derecho alguno, ni ha cometido acto ilegal o arbitrario; por ello considera que la acción debió ser rechazada en cuanto no constituye la vía más idónea para hacer valer los derechos del actor, como lo requiere la normativa ritual vigente y jurisprudencia citada por el apelante. De igual modo agravia al apelante la extensión con que ha sido concedida la prestación, invadiendo la juez a quo una esfera de otro poder del Estado. Finalmente agravia al apelante la imposición de costas a su parte por considerar que la acción debió ser desestimada y que eventualmente las mismas deben ser readecuada al progreso parcial de la pretensión (80% a la actora y 20% a cargo de su parte).-

Bajo el primer agravio el apelante afirma que no media el requisito de admisibilidad consistente en la violación o amenaza de un derecho reconocido en la Constitución Nacional o Provincial. Refiere que la sentencia impugnada es contradictoria al afirmar que los derechos del niño se encuentran cercenados porque la demandada no controvertió su situación y diagnóstico.

Afirma que el derecho a la salud y a la educación del niño Sada nunca fue afectado, ni por la DOS ni por la provincia de San Juan, ya que si bien la Obra Social, con fundamento legal, rechazó la petición de cobertura de DAI; la provincia acogió su pretensión otorgando cobertura para el ciclo lectivo 2020, como lo hiciera en el año 2019 (Resolución N°3460- MDHyPS- 2019).

De modo tal que la provincia de San Juan no incumplió con sus obligaciones afectando los derechos constitucionales de la actora, sino que otorgó la cobertura conforme lo solicitado.-

Sostiene que del análisis de la Resolución N°2547- MDHyPS-20 y del expediente administrativo N°600-01972-2020-MDHyPS, iniciado por los actores ante el citado organismo, surge que nunca se desprotegió al niño, sino que por el contrario se le otorgó el subsidio por el tiempo correspondiente y por los montos reglamentados según resolución ministerial. Que los actores consintieron la mencionada resolución y cobraron el beneficio.-

Por el segundo agravio el apelante considera que la sentencia es arbitraria al tildar de ilegal la resolución del MDHyPS que otorga la cobertura de la DAI, desde agosto a diciembre del año 2020. Destaca que tal cobertura viene siendo brindada por la provincia de San Juan en favor del menor desde los años 2019 y 2020, y seguramente en el año 2021, iniciado el expediente correspondiente, también la percibirá.

Afirma el recurrente que la limitación temporal de la cobertura del año 2020 (agosto a diciembre), se debió a que la documentación fue presentada recién en el mes de julio del año 2020; existiendo normas internas del MDHyPS -no cuestionadas por los actores-, que otorgan el beneficio hacia el futuro y no en forma retroactiva.

Asimismo señala que la pandemia del COVID19 no justifica la demora de los actores en cuanto que el pedido de cobertura para el ciclo escolar 2020 se pudo solicitar desde el mes de enero de ese año.-

Luego el apelante considera que el argumento mas importante para rebatir la sentencia impugnada se encuentra contenido en el propio pronunciamiento, en cuanto que la jueza de grado rechaza el reclamo retroactivo de la cobertura desde el mes de marzo de 2020, porque el actor

no acredita que el MDHyPS le negara la recepción de la documentación y porque no demostró que el niño haya sido asistido por la DAI en esos meses.-

A su juicio mal puede la a quo pretender que se le otorgue una cobertura retroactiva sin siquiera acreditar fehacientemente que la prestación de la DAI fue brindada desde marzo a julio de 2020 y abonada por los requirentes.

Agrega que luego del decreto de aislamiento social preventivo obligatorio que rigió en todo el país, incluyendo a San Juan con suspensión de clases presenciales, el menor no requirió la ayuda de la DAI. Que ese organismo nunca estuvo cerrado siempre contó con personal trabajando con guardia mínimas a los fines de hacer frente a todos los reclamos. Por ello considera que no existió ilegalidad ni arbitrariedad manifiesta por parte de la accionada.

Bajo el tercer agravio el apelante destaca que la procedencia del amparo se encuentra condicionada a la inexistencia de otro remedio judicial idóneo. Así le agravia que la juez a quo no haya desechado la acción de autos por no ser la vía más idónea para hacer valer los derechos que invoca el actor.-

Considera que la cuestión debatida en autos no puede ser sustanciada y resuelta a través del procedimiento sumarísimo previsto por la acción de amparo, ello en la medida que se intenta modificar el contenido de una resolución administrativa, firme y consentida por los amparistas, reuniendo el carácter de cosa juzgada administrativa.-

Explica que la cuestión debe ser dilucidada mediante el procedimiento contencioso- administrativo; debiendo cumplir el accionante -para que se abra la instancia judicial-, con lo dispuesto por los arts. 765 y 766 del CPC que concuerda con el art. 25° de la ley 135-O, esto es, agotar la vía administrativa.

Mediante el cuarto agravio el apelante considera arbitraria la sentencia en cuanto ordena ampliar la cobertura de la DAI otorgada por resolución administrativa N°2547-MDHyPS-20, violentando el derecho de defensa en juicio, debido proceso y el principio constitucional de garantía de la cosa juzgada.-

A su criterio la actitud de los amparistas resulta contradictoria ya que en sede judicial cuestionan el monto y duración de la cobertura, sin tener en cuenta que administrativamente la resolución ministerial fue consentida, adquiriendo el valor de cosa juzgada administrativa. Por ello entiende que no era viable discutir sus términos y condiciones en sede judicial, siendo ello motivo suficiente para disponer el rechazo del amparo contra la provincia de San Juan.-

Destaca que, al tiempo del dictado del resolutorio en crisis, su parte ya había dado íntegro cumplimiento a la cobertura de la DAI determinada por resolución N°2547-MDHyPS-20, por lo que la juez aquo debió declarar en abstracto el amparo deducido contra la provincia de San Juan. Que tampoco la juez de grado se pronuncia sobre la existencia de cosa juzgada administrativa ya que los actores no interpusieron ningún recurso administrativo contra dicha resolución, quedando la misma firme y consentida.-

Insiste el apelante en que los planteos relativos a la duración de la cobertura y su cuantía son improcedentes en la medida que los actores consintieron la resolución N°2547- MDHyPS-20.-

Por el quinto agravio el apelante cuestiona el fundamento dado por el aquo para extender el plazo de cobertura de la DAI más allá de lo estipulado por la resolución ministerial, en cuanto consideró razonable **eximir a los actores de iniciar el trámite administrativo ante el MDHyPS al inicio de cada ciclo lectivo; ello en abierto desconocimiento a que el gobierno de la provincia**

exige requisitos anuales tendientes a acreditar fehacientemente y médicamente, la necesidad del menor de contar con una docente auxiliar integradora.

Así se plantea que pasaría si en los futuros ciclos escolares el niño no asiste a clases; como que al comienzo de cada ciclo lectivo es necesario acompañar el certificado de inscripción en la institución educativa a la que asiste, el diagnóstico del profesional médico que certifique que el niño requiere la asistencia de una DAI y los datos personales de la misma. A su juicio el error de la juez a quo está en considerar que porque el niño ha obtenido un certificado de discapacidad temporal, justifica la asistencia de una DAI hasta que expire dicha certificación.

Que conforme el objetivo asignado a la DAI resulta necesario una valuación médica anual que certifique la necesidad o no de su acompañamiento.

El apelante concluye este agravio afirmando que la demandada no ha actuado en forma apática respecto de la situación del niño al haberle brindado cobertura de DAI para el año 2019 y 2020, destacando que su tramitación anual es sumamente breve y sencilla.

Mediante el sexto agravio el apelante cuestiona la imposición de costas a su parte, solicitando -una vez tratada y resuelta la cuestión como lo pide, que las costas sean impuestas a la actora debiendo fijarse honorarios en favor de los letrados que actúan en representación de la Fiscalía de Estado.-

Finalmente formula reservas para interponer los recursos extraordinarios de la ley N°59 -O- (ex ley N°2275) y del caso federal del art. 14 de la ley N°48.-

A fs. 524/528 los amparistas contestan agravios y por los motivos que allí exponen solicitan el rechazo de la apelación.

A fs. 538 obra certificación de adjudicación de la causa a estudio.-

5.- Cuestión preliminar.

Inicialmente debo señalar que encontrándose comprometidos en la causa la protección de derechos humanos fundamentales, tales como la salud y educación, ambos de rango constitucional y cuyo destinatario resulta ser un niño, cuya discapacidad requiere que las distintas áreas del Estado Provincial, en este caso, Ministerio de Desarrollo Humano y de Educación, deban actuar en forma coordinada tendiendo a facilitar las prestaciones que a cada uno de los organismos compete.

Tal aserto se formula en la medida que desde la faz constitucional es el Estado Provincial quien se constituye en garante del efectivo ejercicio de tales derechos conforme surge del texto de los artículos 56, 61 y 71 de la Constitución Provincial.-

Así debemos partir de la ineluctable premisa de que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479).

Si bien es cierto que el reclamo de autos concierne a una cuestión educativa, cobertura de una DAI, tal necesidad deriva de un problema de salud del niño Maximiliano Emir. Por ello la citada cobertura comprende la tutela de derechos fundamentales como es el derecho a la educación y a la salud.

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales,

las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 y 323:1339).-

Por su lado la Constitución de San Juan reconoce el derecho a la salud en el artículo 61: “El concepto de salud es entendido de manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social. El Estado garantiza el derecho a la salud, a través de medidas que la aseguren para toda persona, sin discriminación ni limitaciones de ningún tipo. (...)”. Respecto a la educación, señala: “La educación y la cultura son derechos humanos fundamentales” (art. 71). Asimismo contempla las obligaciones del Estado en esta materia: “La educación es un cometido esencial del Estado. El Estado garantiza los medios suficientes para asegurar (...) para los educandos que lo necesiten: la salud psicofísica, la nutrición y la canasta escolar. (...)”.-

En cuanto al reconocimiento constitucional en el orden federal, conviene recordar que: “parte de la doctrina (Bidart Campos, Quiroga Lavié) entiende el derecho a la salud como derecho constitucional no enumerado, ubicable en el art. 33 de la Constitución. Y en 'Ponzetti de Balbín', la Corte Suprema ubicó la protección de la salud mental y física en el art. 19 de la Constitución (Fallos 306:1907, consid. 8º)” (SAGÚÉS, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2001, Tomo 2, p. 331).-

Con relación a las obligaciones estatales, el autor inquiriere acerca de si “existe un derecho constitucional a requerir al Estado atenciones asistenciales efectivas, preventivas o terapéuticas, en caso de ser ello necesario?”. Para Carnota, la respuesta es positiva: el Estado debe brindar tales beneficios cuando la actividad privada sea insuficiente u onerosa (...)” (SAGÚÉS, ob.cit., Tomo 2, p. 334). En tal sentido, destaca la previsión contenida en el Art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con

jerarquía constitucional, que establece: “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”. Ahora bien con relación a la infancia, refiere lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando establece: “Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley; y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (Art. 3ª, ap. 2). Por su parte la Convención garantiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación (art. 24).-

Calificada doctrina ha señalado que: “Como una derivación del derecho a la vida, y en palabras de Morello, a la vida digna, la Corte Suprema sostuvo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida, más allá de las obligaciones que pesen sobre las obras sociales públicas o privadas y en virtud de los deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional (Conf. Consid. 16 del voto de la mayoría en 'Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social; CS, 24-10-2000)” (GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 3º edición, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 388).-

Asimismo el derecho a aprender está expresamente previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional. El artículo 75 inc 19), a partir de la reforma de 1994, establece directrices de política legislativa en materia educativa y de acceso a la educación, asegurando la “responsabilidad indelegable del Estado” y garantizando la “igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminaciones”. En particular, respecto de los menores, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: “Los Estados partes

reconocen el derecho del niño a la educación y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho (...)” (art. 28), estableciendo que: “(...) la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (art. 29).-

Por su parte resulta pertinente -en atención al reclamo que constituye el objeto de la presente acción-, definir el estado de salud mental y los derechos que asisten a quienes la padecen. Así, la Ley provincial de Salud Mental N° 623 -Q- define el estado de salud mental el artículo 2º: "A los fines de la presente Ley se entiende por salud mental al estado de completo bienestar físico, psíquico y social en adecuadas condiciones ambientales". Asimismo, el art. 3º establece que "Las personas afectadas en su Salud Mental, gozan de todos los derechos inherentes a su condición humana y a la vez quedan amparados bajo derechos especiales que a continuación se detallan: a) A ser tratado en todo momento con la solicitud, el respeto y la dignidad propia de su condición de persona. (...) f) A recibir educación y capacitación adecuadas a su estado; (...) k) A no ser discriminado legalmente por su estado de salud en el goce y ejercicio de sus derechos".-

Por su parte, la Ley provincial de Protección Integral a Personas con Discapacidades N°953 -S- establece en el artículo 1º: "Institúyese por la presente ley un sistema provincial de protección integral de las personas con capacidades especiales, en conformidad con lo previsto en el Artículo 27 de la Ley N 22431, estableciendo normas y condiciones que permitan asegurar su plena integración en la sociedad y velar por el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen". El art. 3 define: "A los efectos de la presente Ley se considera persona con capacidades especiales, a toda aquella persona que como consecuencia de una o más deficiencias físicas y/o psíquicas, definitivas o prolongadas, y con independencia de la causa que la

hubiera originado, vea limitada la capacidad para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, o implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".-

Bajo estos postulados analizaré las apelaciones deducidas en autos, que por una cuestión de orden metodológico trataré en primer término la apelación de la demandada, pues su forma de resolución hará depender el tratamiento del recurso de la actora.-

6.- Análisis del recurso de apelación de la demandada (fs. 483/499 y vta.).-

Resumidamente diré que bajo los tres primeros agravios el apelante resiste la procedencia de la acción de amparo por considerar que no se configuran los presupuestos de admisibilidad, debido a que la cobertura reclamada en autos fue brindada en toda su extensión por el Ministerio de Desarrollo Humano a través del subsidio otorgado mediante resolución n°2547-MDH y PS-20. Por ello considera que no media "ilegalidad o arbitrariedad del acto lesivo", existiendo una vía idónea para abordar la cuestión con mayor amplitud de debate, esto es, el juicio contencioso administrativo, conforme criterios jurisprudenciales que cita.

En primer lugar debo señalar que no asiste razón al apelante cuando afirma que la prestación demandada en autos satisface el derecho reclamado porque los actores consintieron la resolución Ministerial n°2547-MDHy PS-20, en cuanto percibieron sin reservas el subsidio otorgado.

Tal argumentación desconoce que el destinatario de la prestación es un niño y por ende los errores u omisiones en que pudieren incurrir sus progenitores no lo debe de perjudicar. Así lo ha sostenido reiteradamente esta Cámara, al afirmar:"... aun cuando los padres del menor no hayan concurrido -en esta ocasión- a la instancia administrativa, la omisión de los representantes de Simón no puede afectarlo a punto de dejarlo sin la

cobertura para que asista a clases. No pierdo de vista que lo sustancial que debe primar en este caso es que los gastos de "educación" está contenido en el concepto de "obligación de alimentos" (art. 659 Cód. Civil y Comercial), y que la "inacción de los representantes" (art. 103 ibid) en que pudieron haber incurrido al no hacer la petición ante el Ministerio, no es una limitación ni obstáculo que determine no tomar decisiones en salvaguarda del interés superior del menor. Estando en juego valores tales como la salud y desarrollo psico físico de un menor, bien vale asumir el riesgo de errar. El principio del "interés superior del niño" contenido en las normas que cita el a-quo , y en el art. 639 inc. "a" del Código Civil y Comercial, así lo justifica." (PROTOCOLO: L. DE A . T°I- 2019; F°134/138; FECHA: 8 DE ABRIL DE 2019 DRES. VICTORIA- RIVEROS- ALFERILLO; AUTOS N°174391/1 (C.C. SALA IV N°1730), "CUENCA PAEZ MARÍA ROSA C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA DE SAN JUAN Y PROVINCIA DE SAN JUAN S/ AMPARO (LEGAJO DE COPIAS PARA ELEVAR A CÁMARA)" PROT.: L. DE AUTOS- T°3- F°61/71- AÑO 2020-18/08/2020; AUTOS N°174391 (C.C. SALA IV N°1.777), CARATULADOS "CUENCA PAEZ MARÍA ROSA C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA DE SAN JUAN Y PROVINCIA DE SAN JUAN S- AMPARO", PROT.: L. DE SENTENCIAS- T°05- F°71/88- 04/12/2020.-)

Cabe insistir dada su importancia que los derechos invocados en autos se encuentran ampliamente reconocidos por tratados internacionales, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12 apart. 1º); Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su protocolo facultativo, aprobado por la Ley 26378.-

A su vez el artículo 15 de la Constitución de San Juan establece que son derechos inviolables de la persona: la vida, la integridad moral, física,

psicológica y socio-cultural; el artículo 56 consagra la protección de los discapacitados y el art. 61 consagra el derecho a la salud, entendido de manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social. También la misma norma establece que la Sociedad, el Estado y toda persona en particular, deben contribuir con la realización de medidas concretas, a través de la creación de condiciones económicas, sociales, culturales y psicológicas favorables a garantizar el derecho de salud. En consonancia el art. 71 de la Constitución Provincial, erige el derecho a la educación y cultura como derechos humanos fundamentales.-

De igual modo cabe señalar que no asiste razón al apelante cuando afirma que el proceso contencioso administrativo resulta ser la vía adecuada para dirimir la controversia de autos.

En relación a esta cuestión la Sala Segunda de la Corte de Justicia de San Juan, en autos N° 5872/12 , caratulados: "TELLO Silvestre Jacobo y Torres Melisa c/ Provincia de San Juan - Amparo - Inconstitucionalidad", ha dicho: " El caso involucra a un niño de cuatro años que sufre de parálisis cerebral, cuyos padres requieren que, por aplicación de las leyes de discapacidad, un acompañante terapéutico lo asista en la institución educativa a que concurre. Pues bien, la naturaleza de la cuestión involucrada, tanto como el inminente comienzo del ciclo lectivo a la fecha de presentación del amparo, denotan que en la especie la del contencioso-administrativo no era la vía más idónea a que alude el artículo 565 del C.P.C" (P.R.E. S° 2° 2012-IV-784)

En el mismo sentido esta Cámara en autos N° 11.875 caratulados: "PACHECO MARÍA EUGENIA C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA - AMPARO" ha sostenido: "Queda claro, contrastando con la disconformidad del apelante, que en este punto han quedado cumplidos los requisitos de la acción de

amparo, atento la lesión de los derechos invocados, no siendo necesario el agotamiento de la vía administrativa para que sea procedente el ejercicio de la presente acción de modo autónomo.

Agrego, que los derechos del niño, son además derechos humanos, y la protección de los derechos humanos constituyen el cambio de paradigma que se ha dado en la legislación de la mayoría de los países del mundo, siguiendo en esto al tratadista Bidart Campos quien ha dicho "los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social.-

A partir de allí, puede notarse plenamente en este caso que convergen en forma directa los derechos del menor con el supremo derecho a la salud, que cuenta con respaldo de garantías constitucionales expresas y que resultan directamente operativas sin que ninguna reglamentación técnica pueda resultarle oponible de forma tal que termine disminuyendo el reconocimiento o privando al reclamante del acceso a los elementos que le permitan obtener el adecuado y eficaz resguardo.-

Debe tenerse como principio rector para la toma de decisión la protección del "interés superior del niño" por aplicación directa y operativa del artículo 3° párrafo 1° de Convención sobre los derechos del niño que goza de rango constitucional por virtud del art. 75 inc. 22 de la Cont. Nacional." (Camara Civil Comercial y Minería de San Juan, Sala II; PROT. SENT. T° II F° 163/172 AÑO 2016 27-10-16}.-

Tampoco asiste razón al apelante cuando afirma que la juez a quo yerra al extender el plazo de cobertura de la DAI mas allá de lo estipulado por la resolución Ministerial, ya que podría suceder que en el futuro el niño no asista a clases o en su caso que su patología evolucione y no requiera la asistencia de una DAI.-

Dicha argumentación no controvierte el fundamento por el cual la juez a quo extendió el plazo de cobertura de la prestación, esto es, que la discapacidad del niño se encuentra acreditada mediante certificado de discapacidad emitida por la Dirección de Personas con Discapacidad con vigencia hasta el 23 de abril del año 2023, en el que consta que el niño padece de "trastornos específicos del desarrollo de las habilidades escolares; trastorno opositor desafiante, perturbación de la actividad y de la atención", (cfr. fs. 27 y 346); tal documentación ha sido expedida por la propia demandada.

Dicha certificación descarta la posibilidad que la patología del niño no sea de carácter permanente, por lo que el acto considerado lesivo se prolonga en el tiempo de manera continuada e ininterrumpida encontrándose comprendida en la previsión del artículo 565 CPC.

Tampoco acierta el apelante cuando afirma que la extensión del plazo fijado por la juez a quo, impide que su representada pueda controlar y brindar adecuadamente, en cada ciclo escolar, la prestación comprometida, con fundamento en que al inicio de cada ciclo escolar se debe presentar una solicitud ante el MDHyPS que indique el establecimiento educativo al que asiste el niño, certificación médica de la patología y datos filiatorios de la DAI.

Tal argumentación resulta endeble en la medida que la propia juez a quo, en ocasión de tratar la cuestión atinente al monto del subsidio, dejó aclarado que no es su intención sustituir el criterio de las

autoridades administrativas (cfr. fs 459). Bajo esta perspectiva la ampliación del plazo de la prestación concedida por la juez a quo, no implica que los actores se encuentren relevados, al inicio de cada ciclo lectivo, de iniciar el trámite correspondiente ante el Ministerio de Desarrollo Humano denunciando, con la certificación correspondiente, el establecimiento a que concurrirá el niño y los datos filiatorios de la DAI que lo asistirá. Así dicha repartición deberá liquidar el subsidio ordenado por la sentencia judicial de acuerdo a los aranceles vigentes a ese momento.

Cabe recordar al apelante que ningún trámite administrativo puede ser condicionante de la efectiva concreción de un derecho reconocido a través de una sentencia judicial.

Así considero que resulta absurdo exigir que los actores presenten anualmente una certificación médica de la patología de su hijo, cuando un organismo del propio estado provincial (Dirección de Personas con discapacidad) ha expedido tal constancia con vigencia hasta el año 2.023.

En consonancia con tal temperamento este Tribunal, en autos N°174391 (C.C. SALA IV N°1.777), CARATULADOS "CUENCA PAEZ MARÍA ROSA C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA DE SAN JUAN Y PROVINCIA DE SAN JUAN S- AMPARO", ha sostenido: " Precisamente, uno de los objetivos específicos de la Ley provincial N° 623-Q, en la parte que aquí comprende, es "Determinar la función específica del Estado y su jurisdicción, promoviendo la participación e integración de las distintas áreas del Estado vinculadas con la salud mental en relación al conjunto de esfuerzos y programas dirigidos a la utilización del potencial máximo del crecimiento personal de los individuos a fin de ayudarlos a superar o disminuir discapacidades o desventajas"- (Sala IV , PROT.: L. DE SENTENCIAS- T°05- F°71/88- 04/12/2020).-

Finalmente considero que corresponde el rechazo del sexto agravio referido a la imposición de costas en primera instancia, pues si bien es cierto que la pretensión deducida por los actores no ha prosperado en su totalidad, no es menos cierto que la acción fue resistida por la demandada y que además el pedido instado en autos se enmarca dentro del concepto de alimentos en cuanto se refiere a una prestación inherente a la salud y educación de un niño, en cuyo caso las costas, por regla general, se imponen al obligado de la prestación reclamada.

Por los motivos expuestos propongo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada. Así voto.-

Costas y Honorarios

En función del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 66 del C.P.C.) y teniendo en cuenta la forma en que propicio sea resuelta esta apelación, sugiero que las costas de este recurso sean impuestas a la apelante vencida. Asimismo conforme lo establecido en los artículos 13, 21 inc. a) y 47 de la Ley N°56 -O-, propongo se regulen honorarios a favor del patrocinante de los amparistas, en el treinta por ciento (30%) de los honorarios regulados por la actuación desplegada en la primera instancia. ASÍ VOTO.-

7.- Análisis del recurso de apelación de los amparistas (fs. 483/499 y vta.).-

Cuestión preliminar.

Habiendo la parte apelada petitionado la deserción del recurso de apelación deducido por la actora (cfr. fs. 513/522), corresponde que previo a todo me expida sobre tal cuestión.

En relación a ello cuadra aludir que el actual ordenamiento procesal vigente no prevé esa posibilidad, reservada únicamente para el caso que, impreso el trámite oral, el apelante no concurra a la audiencia sin justificar su incomparencia (cfr. art. 264 QUATER); como que tampoco existía tal sanción

en la Ley N°988 -O- (vigente al momento de formular la petición en análisis), prevista sólo en el caso de que el apelante no presente el memorial; ante ello, el juez de primera instancia debía declarar desierto el recurso (cfr. art. 253, 3° párr. del C.P.C. Ley N°988 -O-). Dicho criterio ha sido sustentado por este Tribunal en diversos pronunciamientos: AUTOS N°126381/CA (C.C. SALA IV N°1576), "BRIZUELA DE FERREYRA ZULMA MERCEDES C/ PROVINCIA DE SAN JUAN S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"- PROT.: L. DE SENT. T°4- F°45/67- AÑO 2020]; Autos N°21266/15-4 (C.C. SALA IV N°1714), "GONZALEZ NIETO ELIDA GEMA C/ QUIROGA MATÍAS NICOLÁS S/ ALIMENTOS (Copias de apelación)", PROT. AUTOS- T°4- F°91/101- AÑO 2020- 06/11/2020, entre otros.- Ahora bien, habiendo la apelante presentado el memorial de agravios a fs. sub 473/477, no corresponde hacer lugar al pedido de deserción del recurso, ello sin perjuicio de las inconsistencias que tal postulación pudiere presentar. En consecuencia propongo el rechazo de tal planteo. Lo que ASÍ VOTO.

Ingresando al tratamiento de la apelación deducida por los actores, cabe memorar que estos objetan "in totum" la sentencia de fs. 442/460 vta., en cuanto rechaza la pretensión deducida contra la D.O.S. ; y además porque el derecho invocado no fue reconocido en la extensión pretendida.

Los apelantes afirman que el pronunciamiento impugnado es arbitrario en cuanto desconoce los derechos constitucionales a la salud, educación, inclusión, integridad de la persona, habiendo sido dictado sin sujeción a los requisitos establecidos por el artículo 164 inc.3),4),5) del CPC., por lo que solicitan su nulidad judicial.

En relación a ello cabe señalar que, en el Código Procesal Civil, Comercial y Minería de San Juan, el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia, y declarada la nulidad de la sentencia el Tribunal debe resolver sobre el fondo del litigio (art. 264 bis).

En consecuencia, cuando se interpone apelación, aunque no se diga nada, también se está interponiendo el recurso de nulidad, y si la nulidad proviene de la forma o contenido de la sentencia, el tribunal de alzada debe anular la resolución atacada y dictar decisorio definitivo sobre el fondo del asunto.

Además, en tal supuesto el tribunal ad quem ejerce una función negativa consistente en dejar sin efecto la resolución viciada, y una función positiva consistente en dictar un nuevo decisorio con sus propios fundamentos en reemplazo del de primera instancia.

Anticipo que el planteo de los apelantes no ha de prosperar en la medida que atribuyen al fallo impugnado deficiencias inexistentes, pues aunque no compartan las conclusiones a la que arriba la juez a quo, ello no habilita a considerar que el pronunciamiento incumple con los requisitos establecidos por los incisos 3),4),5) del artículo 164 del CPC.

Indudablemente que las argumentaciones formuladas por los apelantes son de carácter genérico sin especificar puntualmente el vicio atribuido a la sentencia, conforme se explicitará al abordar los planteos concretos de los mismos.

En cuanto a la tacha de arbitrariedad que los apelantes atribuyen a la sentencia impugnada, cabe señalar que la doctrina de la arbitrariedad atiende sólo a supuestos de extrema gravedad, en los que se evidencie que las resoluciones recurridas prescindan inequívocamente de la solución prevista en la ley, o adolezcan de una manifiesta falta de fundamentación. [Autos: Sindicato de Empleados de Comercio Capital Federal Tomo: 310 Folio: 1707 Ref.: Sentencia arbitraria. Exp.: S. 206. XXI.- Fecha: 01/09/1987]; en el mismo sentido se ha expedido la CSJN en cuanto considera arbitraria a la sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface sólo en forma aparente la necesidad de ser derivación

razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa, y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial. [Autos: Banco Regional del Norte Argentino c/ Banco Central de la República Argentina. Tomo: 311 Folio: 49 Ref.: Sentencia arbitraria. Exp.: B. 622. XX.- Fecha: 04/02/1988].-

En el mismo sentido la Sala 2° de la Corte de Justicia de San Juan ha sostenido que: "... un pronunciamiento es arbitrario si al dictarlo, los jueces han omitido decidir una cuestión oportunamente propuesta y conducente a la solución del litigio. No considerar el planteo de una circunstancia, hecho o defensa, que resulta conducente para la solución del litigio, significa no escuchar a quien lo expuso y esto evidentemente quebranta la garantía de la defensa en juicio. La garantía de la defensa en juicio no solo resulta violada cuando a las partes no se les da la oportunidad de hacerse oír y ejercer sus derechos, sino también cuando al justiciable se le niega la obtención de un pronunciamiento que defina su posición, esto es, cuando no se atiende en la resolución las cuestiones y argumentaciones expuestas, máxime cuando ellas son de entidad suficiente para influir en el decisorio (P.R.E. S.1º 1990-163). (AUTOS: N°2849 "SUMA CONSTRUCCIONES S. R. L. C/ COOP.GUALCAMAYO LTDA. (ALDO BANCHIG)- CUMPLIMIENTO DE CONTRATO- II CPO.- INCONSTITUCIONALIDAD"; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería Sala II AUTOS N°151227 (C.C. N°22860) DEL DÉCIMO PRIMER JUZGADO CIVIL, CARATULADOS: "SÁNCHEZ SARMIENTO MARIA CELIA C/ VIVEROS CLAUDIO ALFONSO- COBRO DE PESOS". PROTOCOLIZADO: L.S.- Año 2019- del TºIV- Fº198/205; Sala IV , autos N°4649 (C.C. SALA IV N°1682) ORIGINARIOS DEL JUZGADO COMERCIAL ESPECIAL CARATULADOS: "DORGAN GUSTAVO DANIEL- CONCURSO PREVENTIVO- REVISIÓN (ART. 37 LEY 24522) D/ DGI".- PROT.: L. DE SENTENCIAS- Tº01- Fº 76/90. AÑO 2021. 29/03/2021).-

Indudablemente que lo arbitrario es lo contrapuesto a lo razonable, pudiendo configurarse tal vicio cuando se omite considerar prueba relevante cuya ponderación sea dirimente para la solución del caso.-

Siguiendo tales lineamientos anticipo que el pronunciamiento impugnado se encuentra debidamente fundado, habida cuenta que la juez a quo explicitó los motivos por los que desvinculó a la DOS de esta acción de amparo; como que también fundó la desestimación del pedido de cobertura de DAI sin límite de tiempo, y de acuerdo a los aranceles previstos por la Resolución 6/19 de la Agencia Nacional de Discapacidad.-

En este sentido el planteo del apelante se erige en un razonamiento paralelo que no atraviesa las argumentaciones contenidas en el fallo resistido, ello sucede por ejemplo cuando los apelantes insisten en que la cobertura de la DAI debe ser brindada por la Obra Social, sin dar mayores razones del motivo por el que requirieron idéntica petición ante el Ministerio de Desarrollo Humano (cfr. expediente n°600-0001972-MDHyPS), máxime si el año anterior (2.019) tal cobertura fue brindada a través del Ministerio de Desarrollo Humano.-

Al respecto se ha sostenido que: "La apelación padecerá de insuficiencia, si la parte se limita a reiterar argumentos anteriores sin hacerse cargo de las razones vertidas en la sentencia..." (Cám. 2 Civ. y Com. de la Plata, Sala III, 21/2/91, "Sierra Héctor C/ Ruiz Julián - Cita efectuada en el Código de Procedimientos Civil, Comercial y Minería, comentado por el Dr. Jaime A. Velert F. y colab., Tomo 2, volumen "A", pág. 145); "En ausencia de fundamentos específicos referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada (LL, 1983-C-221); debiendo reiterarse que resulta imperativo satisfacer la carga procesal de demostrar los agravios respecto de las motivaciones básicas de la sentencia, la cual no puede ser

suplida haciendo hincapié en aspectos secundarios y en circunstancias que carecen de relevancia, pues de lo contrario quedan firmes" (LL, 1993-A-404)" (Código de Procedimientos Civil, Comercial y Minería, comentado por el Dr. Jaime A. Velert F. y colab., Tomo 2, volumen "A", pág. 146). (Autos N°124663/CA - C.C. Sala IV N° 814 Juzgado Contencioso Administrativo, caratulados "Arias Dora Mercedes C/ Provincia de San Juan - Amparo por Mora (en cont. adm)" Prot.: L. de Autos T°II- F°58/61 año 2016).-

Asimismo cabe señalar que los apelantes reiterativamente insisten en que los aranceles de la DAI deben ser fijados de acuerdo a los valores previstos por el P.M.O, sin controvertir que la Obra Social Provincial no se encuentra alcanzada por dicha legislación y que además la Provincia de San Juan, en ejercicio de sus facultades constitucionales, ha dispuesto que tal prestación sea brindada a través del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia.

De igual modo diré que no aciertan los apelantes al afirmar que el Ministerio de Desarrollo Humano carece de competencia para fijar los aranceles que corresponde percibir a la DAI. En efecto tal planteo importa desconocer el carácter en que dicho Ministerio liquida ese importe, esto es, a título de "Subsidio"; es decir que se trata de una suma de dinero para cubrir la prestación requerida, lo que no significa que dicha área de gobierno esté fijando el arancel que debe cobrar la DAI por sus servicios.

A mayor abundamiento debo señalar que los apelantes no controvierten con solvencia los argumentos desestimatorios brindados por la juez a quo, en especial que la DAI beneficiaria del subsidio no impugnó ni cuestionó el importe fijado por aquella repartición.

La única cuestión propuesta por los apelantes que a mi juicio resulta atendible es la concerniente al pago retroactivo del subsidio de la DAI por los meses de marzo a julio de 2.020; pues si bien la juez a quo desestimó tal

pretensión con sustento en que los amparistas no acreditaron que la DAI prestara servicios por dichos meses del ciclo lectivo, no es menos cierto, conforme lo tiene dicho este Tribunal, que el destinatario de la prestación es un niño, cuya mengua de derechos no puede ser afectada a consecuencia de un accionar omisivo y/o negligente de sus progenitores.(cfr. AUTOS N°174391/1 (C.C. SALA IV N°1730), "CUENCA PAEZ MARÍA ROSA C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA DE SAN JUAN Y PROVINCIA DE SAN JUAN S/ AMPARO (LEGAJO DE COPIAS PARA ELEVAR A CÁMARA)" PROT.: L. DE AUTOS- T°3- F°61/71- AÑO 2020-18/08/2020;)

Sin perjuicio de ello cabe señalar que de las constancias obrantes en el expediente administrativo, iniciado ante el Ministerio de Desarrollo Humano bajo el n°600-001972-Z-2020, surge que el subsidio fue pedido para cubrir tal prestación desde el inicio del ciclo lectivo (fs. 332/vta), como que el niño no pudo haber concurrido al jardín de infantes sin la asistencia de la DAI, conforme surge del informe obrante a fs. 352/353 expedido por el Establecimiento educativo; en efecto el mismo principia consignando:" En este primer cuatrimestre se ha trabajado mucho en la vinculación de Maximiliano y la Docente de Apoyo de inclusión (DAI), no existiendo dificultades, logrando una muy buena relación."

En base a lo expuesto propongo la admisión parcial del recurso de apelación interpuesto por los amparistas. Así voto.-

Costas y Honorarios

En función del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 66 del C.P.C.) y teniendo en cuenta la forma en que propicio sea resuelta esta apelación, sugiero que las costas de este recurso sean impuestas a la demandada. Asimismo conforme lo establecido en los artículos 13, 21 inc. a) y 47 de la Ley N°56 -O-, propongo se regulen honorarios a favor del patrocinante de los

amparistas, en el treinta por ciento (30%) de los honorarios regulados por la actuación desplegada en la primera instancia. ASÍ VOTO.-

8.- Análisis del recurso de apelación del Dr. Lucas Javier Vargas (fs. 473/477).-

Mediante la presentación de fs. 473/477, el patrocinante de los amparistas, por su propio derecho, apeló por bajos los honorarios regulados en su favor mediante el punto 4) de la sentencia impugnada.-

Teniendo en consideración el tipo de proceso que nos ocupa, carente de contenido económico, el carácter en que intervino dicho profesional, el valor de su actuación y el contenido normativo aplicado por la juez a quo (cfr. arts. 13, 21 inc. a) y 47 de la Ley N°56 -O-); considero que los honorarios fijados en su favor son ajustados a derecho. En cuanto a lo peticionado en el otro sí digo- punto VII: "Véase tabla de honorarios sugeridos por FASJ", cabe señalar que tal planteo resulta improcedente atento a que no es misión ni función de dicha institución fijar honorarios profesionales por actuación judicial, sino sugerir el valor de los emolumentos que dicho ente considera justos y prudentes.-

Por lo expresado, voto por rechazar sin costas el recurso de apelación deducido contra el auto regulatorio contenido en la sentencia de fs. 442/460 en virtud de lo establecido por la última parte del artículo 53 de la LP N°56 -O-. Lo que ASI VOTO.-

LA DRA. MARIA EUGENIA VARAS, dijo: Por compartir los fundamentos vertidos por el Sr. miembro preopinante adhiero a los mismos, los que doy por reproducidos. Así voto.

La presente resolución se emite con dos firmas en virtud de lo establecido por el artículo 257 del C.P.C..-

Por lo expuesto, normas legales, jurisprudencia citada y por mayoría
SE RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia obrante a fs. 442/460 y vta., por los motivos expuestos en los considerandos.-

II) Imponer las costas a la apelante vencida (cfr. art. 66 del CPC).-

III) Regular los honorarios profesionales del Dr. Lucas Javier Vargas por su actuación en este recurso, en el 30% de los honorarios regulados por su intervención ante la primera instancia.-

IV) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por los amparistas contra la sentencia obrante a fs. 442/460 y vta., en la forma y modo explicitado en los considerandos de la presente.-

V) Imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 66 del CPC).-

VI) Regular los honorarios profesionales del Dr. Lucas Javier Vargas por su intervención en este recurso, en el 30% de los honorarios regulados por su intervención ante la primera instancia.-

VII) Rechazar sin costas el recurso de apelación deducido por el patrocinante de los amparistas por su propio derecho, contra el punto 4) de la sentencia de fs. 442/460 y vta..-

Protocolícese, notifíquese en debida forma y, oportunamente, remítanse al tribunal de origen.-

MARÍA EUGENIA VARAS

JUAN

JESÚS ROMERO

VOCAL - SALA IV - CÁMARA CIVIL

SENTENCIA

"2020-Año del Bicentenario del surgimiento de San Juan como Provincia Autónoma y del paso a la inmortalidad de Manuel Belgrano"

CORTE DE JUSTICIA DE SAN JUAN SALA SEGUNDA

Expte. N° 7451 "Verdeguer Pringles Verónica Isabel C/ Obra Social Provincia - amparo - S/ INCONSTITUCIONALIDAD"

En la Ciudad de San Juan, a las once horas del día treinta del mes de diciembre del año dos mil veinte, se realiza el acuerdo definitivo previsto en el artículo 9 de la ley provincial 59-O (LP 59-O), según lo convenido en el acuerdo preparatorio. A ese efecto, se reúnen los magistrados que en esta causa integran la Sala Segunda de la Corte de Justicia, doctora Adriana Verónica García Nieto, doctores Marcelo Jorge Lima y Juan José Victoria, a fin de resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora contra la sentencia de fecha tres de octubre de dos mil diecinueve, dictada por la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería en autos N° 1613 (N°171.000 del Cuarto Juzgado Civil), caratulados "Verdeguer Pringles, Verónica Isabel C/ Obra Social Provincia -amparo-". Las cuestiones fijadas en el acuerdo preparatorio y que aquí deben resolverse son: ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad planteado en autos? En su caso, ¿qué resolución corresponde dictar? -----

--- la Doctora Adriana Verónica García Nieto DIJO: -----

--- De los antecedentes de la causa surge que la actora, Srta. Verónica Verdeguer Pringles, solicitó a la Dirección de Obra Social de la Provincia (en adelante DOS), como afiliada directa, que otorgara cobertura para un tratamiento de fertilización de alta complejidad "con muestra de semen de banco". -----

-

--- Consta asimismo que la DOS denegó el pedido mediante Resolución N° 3972-I-19 de fecha 30 de mayo de 2019. Se fundó para ello en la Resolución General N° 5773-I-16 de la propia Dirección, que creó el “Programa de Reproducción Medicamente Asistida”. Específicamente, la DOS señaló que la peticionaria no cumplía con el requisito establecido en el artículo 4: ser casada o conviviente, y que la práctica “con semen de banco” estaba excluida.-----

--- Frente a ello, la afiliada planteó acción de amparo peticionando que se ordenara judicialmente la cobertura médico asistencial en un 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con muestra de semen y/o espermatozoides de donante y/o de banco por medio de la técnica llamada Fertilización In Vitro (FIV) en el número de hasta tres tratamientos anuales hasta lograr un embarazo viable. Alegó un trato discriminatorio de la DOS y violatorio de los Pactos de Derechos Humanos con garantía constitucional. --

-

--- El juez de primera instancia rechazó la demanda. Juzgó que, contrastadas las disposiciones de la ley 26.862 con la normativa de la DOS, no se advertía la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la resolución atacada, que exige el artículo 565 del CPC. Planteado recurso de apelación por la amparista, llegamos a la resolución hoy impugnada mediante la cual el tribunal de mérito rechaza el recurso de apelación y confirma la desestimación del amparo. -----

--- Para así decidir, el a quo determina, en forma liminar, que la expresión de agravios no cumple con los requisitos que en forma imperativa impone el párrafo segundo del artículo 253 del CPC, toda vez que no constituye una crítica concreta de los yerros en que habría incurrido el sentenciante. Agrega que, más allá de que dicha insuficiencia resultaría apta para desestimar la apelación, los argumentos dados por la actora no logran derribar los pilares esenciales en que se basó el juez de primer grado para desestimar el amparo. Así, juzga que el acto cuestionado por la amparista (resolución 3972-2019) no

ostenta la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que exige el artículo 565 del CPC. Que la DOS, en uso de las facultades que le confiere la ley, dictó la Resolución General N° 5773-I-16, mediante la cual estableció en qué casos y bajo qué condiciones brindaría cobertura para los tratamientos de fertilidad a sus afiliados. -----

--- Considera que la actora no cumple con los requisitos que establece el artículo 4 de dicha Resolución 5773-2016 para ser incorporada al “Programa de Reproducción Medicamente Asistida”. Particularmente, por no haber acreditado ser casada o conviviente y por requerir un tratamiento de fertilización de alta complejidad con muestra de semen de banco, que se encuentra excluido por la resolución. -----

--- La alzada agrega que, a mayor abundamiento, la ley 26.862 en su artículo 8 tampoco contempla la cobertura del procedimiento de fertilidad mediante muestra de semen de banco, de allí que el acto atacado no se patentice como arbitrario o ilegal. Que la Resolución 5773-2016 era conocida y no fue resistida por la actora, ya que suscribió el anexo I del “Programa de Reproducción Medicamente Asistida”. Luego de resolver que un precedente de la Sala – citado por la amparista– no es aplicable al caso, concluye que los condicionamientos impuestos por la DOS no cercenan derecho constitucional alguno ni restringen la aplicación de la ley 26.862 ya que impone condiciones que son razonables. -----

--- La impugnante encuadra su recurso de inconstitucionalidad en la causal del inciso 1° del artículo 11 de la LP 59-O. Dice que la Resolución 3972-2019 de la DOS y el artículo 4° de la Resolución General N° 5773-I-16 en que se fundamenta, lesiona y restringe los artículos 16, 17, 28, 33, 42 e incisos 22° y 23° del artículo 75 de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos pertinentes, y el artículo 61 de la Constitución Provincial. -----

--- La amparista solicita que esta Corte fije la correcta interpretación judicial constitucional del artículo 4 de la Resolución 5773-2016 (en la que se funda la resolución 3972-2019), con sujeción a lo dispuesto por los artículos 16, 28, 33, 42, 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, ley 26.618 –que extendió el derecho de parentalidad a familias homoparentales como monoparentales–, artículos 558, 560 y concordantes del Código Civil y Comercial. En definitiva, pretende que se declare la inconstitucionalidad del artículo 4 de la resolución 5773-2106, que se anule la Resolución 3972-2019 y se revoque el fallo atacado. -----

--- La actora sostiene que la sentencia interpreta el artículo 4 de la Resolución 5773-2016 de manera contraria al derecho federal invocado. Y que ello deja sin tutela judicial efectiva el derecho humano fundamental a la salud –incluida la salud reproductiva–, a través de medidas que la aseguran para toda persona sin discriminación ni limitación de ningún tipo, el respeto por la persona humana y el derecho a formar una familia, consagrados en los artículos 28, 33, 42, 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, artículo 61 de la Constitución Provincial y artículos 558, 560 y concordantes del Código Civil y Comercial. -----

--- Dice que, para decidir si fue o no discriminatorio el rechazo de la DOS a la autorización y cobertura del tratamiento de alta complejidad con muestra de semen de banco, el a quo debió analizar su razonabilidad a la luz del fallo “Artavia Murillo y Otros ('Fecundación in vitro') vs. Costa Rica”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. -----

--- Admitido formalmente el recurso entablado conforme auto de fecha 7 de agosto de 2020, se corre traslado a la parte demandada, al Defensor del Pueblo y al Fiscal General. -----

--- La recurrida evacua traslado a fojas 201/220, plantea objeciones formales que, entiende, justifican la revisión de la resolución que decide admitir

formalmente el recurso de inconstitucionalidad incoado, por lo que solicita se modifique dicha resolución y declare inadmisibile formalmente el recurso de inconstitucionalidad. -----

--- El Defensor del Pueblo, evacua el traslado a fojas 226/227 vta. destacando que, en razón de los derechos de raigambre constitucional --derecho a la salud reproductiva, al bienestar, a la igualdad, a un adecuado acceso a la atención sanitaria, derecho a la vida-- la acción de amparo opera como el instrumento técnico del arsenal procesal más confiable y efectivo para alcanzar en el tiempo oportuno, la tutela judicial debida. -----

--- Señala que la ley 26.862 establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción medicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil. Considera que la amparista ha efectuado un legítimo y pleno ejercicio del derecho de defensa, conforme lo previsto en las Constituciones Nacional y Provincial, Ley N° 26.862, y su Decreto Reglamentario 956/2013, por lo que peticiona la continuación de la causa conforme al estado procesal que presenta. -----

--- El Fiscal General, por su parte, evacua traslado a fojas 229/236, y luego de marcar los antecedentes del caso expresa que debe rechazarse la petición de la actora puesto que considera que la tacha de inconstitucionalidad de la Resolución N° 5773-I-16 no ha sido formalmente planteada como objeto de la acción ante las instancias de mérito, introduciéndose como una pretensión tardía. Sostiene que resulta extemporáneo el planteo formulado y propone se declare la inadmisibilidad del recurso entablado. -----

--- Señala que no encuentra manifiestamente ilegal ni arbitrario el modo en que se ha decidido la controversia puesto que, estima, no resulta congruente hacer derivar de la protección constitucional de la salud, la cobertura de este tipo de tratamientos al no haber sido reconocidos dentro del Programa Médico

Obligatorio, ni de la Resolución N° 5773-I-16, atento también, a no encontrarse en riesgo la vida del afiliado. -----

--- Agrega que incluir tratamientos de un elevado costo como lo son la reproducción humana asistida dentro de las prestaciones básicas para todos los usuarios, impone la protección del principio de igualdad de derechos y la equidad en el acceso a la biotecnología; situación que en la realidad social y jurídica es de difícil concreción. Concluye que, al no estar prevista en el PMO, ni en la Resolución DOS - 5773-I-16, la prestación reclamada no debe ser cubierta por la demandada, y corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad planteado. -----

--- I. Revisión de la admisión formal. -----

--- Tras la precedente reseña de los antecedentes del caso traído a esta instancia extraordinaria, y previo a examinar su procedencia, he de referirme seguidamente a las objeciones formuladas por la parte recurrida a la admisión formal del recurso de inconstitucionalidad. -----

--- Plantea la demandada, DOS, diversos cuestionamientos formales que –a su entender– conllevarían la revisión del auto de admisión formal y consecuente desestimación del recurso extraordinario deducido, las que corresponde tratar en particular: -----

--- Así, la objeción vinculada a que la amparista habría consentido el fundamento de la sentencia impugnada por el que concluye que aquélla ha incumplido los recaudos establecidos por el artículo 565 del CPC, como que el acto atacado no es arbitrario e ilegal, no es tal. Es que a esa conclusión –a la que llega el tribunal– solo es dable arribar en la medida que la norma sea constitucional, en cuyo caso el cuestionamiento de la normativa por violación de derechos reconocidos en la CN y tratados internacionales, importa ni más ni menos que cuestionar la base misma de la conclusión. Precisamente, mediante el presente remedio extraordinario (art. 11 inc. 1° LP 59-O) lo que la

recurrente procura es evidenciar el yerro de tal análisis del a quo –que el acto atacado fundado en la Resolución 5773-I-16 no es arbitrario– efectuando su contrastación con la legislación que entiende aplicable (ley 26.862) y los derechos constitucionales reconocidos por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

--- El óbice de que se trataría de un planteo novedoso, o una pretensión tardía –sostenido en esos términos por el Fiscal General--, tampoco puede tener acogida. Y es que si bien la hoy recurrente no utilizó en su pretensión de amparo el término “inconstitucionalidad” del artículo 4 de la Resolución N° 5773-I-16, su cuestionamiento constitucional aparece explícito en el texto de la demanda: allí refirió que el dictamen legal de la DOS había denegado la factibilidad de cobertura en virtud de que el artículo 4 de la Resolución N° 5773-I-16 excluye como una técnica cubierta el procedimiento con muestra de semen de banco. Adujo que “la Resolución invocada por la Asesora Letrada de la Obra Social Provincia crea un Programa de Reproducción Médicamente Asistida, pero apartándose de la Ley Nacional N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y de su Decreto Reglamentario N° 956/13 que incluye al tratamiento de Fertilidad In Vitro (FIV) al PMO estableciendo una cobertura al 100%” (f. 53 de autos). Luego de transcribir el artículo 1 de la ley en cuestión y de su decreto reglamentario, refirió los derechos constitucionales y convencionales que entendía vulnerados por la decisión de la accionada, concluyendo que “debe quedar en claro que no solicito excepción alguna sino el tratamiento igualitario y no discriminatorio que establecen el art. 16 y 42 de la Constitución Nacional y la copiosa jurisprudencia existente” (f. 54). -----

--- Así pues, juzgo que no se trata de un planteo novedoso a esta instancia de excepción, que amerite la revisión del auto de admisión formal por tal motivo.

--- De igual manera, resulta inaudible la objeción de la accionada mediante la cual argumenta que la actora quedó notificada de la Resolución N° 5773-I-16

en el expediente administrativo N° 813-7041-C-19 y que la consintió. Es una obviedad que la circunstancia que tomara conocimiento de la norma no implicó su aceptación. Precisamente, la impugnó judicialmente mediante el presente amparo, que es la vía idónea a tal fin, atendiendo a la naturaleza de los derechos involucrados, la edad de la solicitante y el límite etario que establece la reglamentación de la DOS para que las mujeres afiliadas puedan solicitar la cobertura de la prestación. -----

--- Respecto de la viabilidad de la acción elegida en el sub lite, resulta oportuno mencionar que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental. En este sentido, la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292 y sus citas). --

--- La CSJN sostiene que "el derecho a la salud no es un derecho teórico, debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social y penetra, inevitablemente, tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas" LA LEY, 2001-F, 906, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, "La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud"; AR/JUR/2936/2001. -----

--- La salud reproductiva es "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia" (párrafo 7.2 de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo,

CIPD, El Cairo, 1994). Por otra parte, la Cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, ha situado la salud reproductiva dentro de un contexto de derechos sexuales y reproductivos y dentro del marco general de los derechos humanos. En este sentido, la Plataforma de Acción aprobada en dicha Conferencia ha reconocido que "los derechos humanos de las mujeres incluyen sus derechos a controlar y a decidir de manera libre y responsable sobre los asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin coerción, discriminación o violencia" (IPPF, 1998) JONATAN RAPAPORT, Voz "Salud reproductiva" en Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/>, consulta: 16/09/15. (Citado por Garay, Oscar E. "El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada" Publicado en: LA LEY 29/09/2015, 29/09/2015, 7 - LA LEY2015-E, 424 Cita Online: AR/DOC/3355/2015. -----

--- Debe tenerse presente que el derecho a la salud no es un derecho teórico, sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, por lo que, ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (cfr. CSJN, Fallos: 324:3074). -----

--- Por último, aparecen estériles las objeciones relativas a que la accionante no rebatiría diversas conclusiones de la sentencia impugnada; ello en tanto se trata de argumentos coadyuvantes de la alzada para fundar que el acto no aparece palmariamente ilegítimo o ilegal (art. 565 del CPC), cuestión que la actora pretende revisar en esta instancia de excepción procurando que esta Corte lo zanje, definiendo si se contrapone o no a la legislación que entiende aplicable y a derechos de raigambre constitucional que invoca. -----

--- Sentado en las consideraciones precedentes, en atención a la materia, el tipo de proceso, los derechos en juego y la trascendencia del tiempo, estimo que las objeciones formales deben ser rechazadas. Corresponde entonces examinar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad traído. -----

--- II. Aplicación de la ley nacional - Derechos Involucrados: -----

--- La recurrente solicita la aplicación de la Ley Nacional N° 26.862, sancionada en 5/6/2013, y publicada en el boletín Oficial el 26/6/2013, en cuanto dicha normativa prevé garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida. Al tiempo que sostiene que la Resolución de la DOS impugnada violenta derechos reconocidos en la Constitución Nacional, Instrumentos Internacionales y en el Código Civil y Comercial. -----

--- En relación a la ley nacional de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862, cuya aplicación reclama la accionante, es preciso señalar que el artículo 10 dispone expresamente: "...Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias las normas correspondientes". -----

--- La letra de la disposición transcripta indica que se reconoce a las provincias la facultad de adherir, respetando el marco de la autonomía que ostentan en materia de políticas de salud. Puesto que, la inconsistencia del legislador no puede presumirse, es dable concluir que la ley no es aplicable directamente en el territorio de la provincia, sino que se requiere el acto de adhesión respectivo. -

--- En este orden, deben descartarse aquellas interpretaciones del texto legal que tengan por efecto dejar sin virtualidad práctica sus previsiones. Obsérvese que, mantener la postura de la actora en este punto importaría asumir una inconsistencia del legislador y llevaría a una interpretación errónea de quien juzga. Acótese que el análisis de la norma, impone que se formule

dentro del contexto de las restantes directivas del cuerpo normativo en el que se encuentra inserta, a los fines de dar con la mayor fidelidad posible a la intención expresada por el legislador (Frosini, Vittorio,"Teoría de la interpretación jurídica", Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, p. 8.). En esa labor hermenéutica debía observar la regla según la cual no cabe suponer la inconsistencia del legislador ni, por ende, asumir que unas reglas se excluyen por las otras, sino dar pleno efecto a la totalidad de la voluntad legislativa, especialmente cuando no se trata de leyes sucesivas sino contenidos aprobados en un mismo acto. -----

--- Que, tal como lo sostiene la recurrida, la Provincia de San Juan no ha adherido a la legislación nacional invocada, por lo que concluyo que la misma no resulta aplicable en el ámbito de su competencia. -----

--- Asimismo, el artículo 8 de la ley nacional establece como agentes alcanzados por ella a las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660, y 23.661. También asiste razón a la recurrida cuando señala que dichas leyes que no alcanzan a la Obra Social Provincia, tal como ha sido decidido por este Tribunal en numerosos precedentes (PRE S2 2009-III-571, S2 2010-I-54). ---

--- Por los motivos expuestos juzgo que la Ley Nacional N° 26.862 no resulta aplicable a la demandada (DOS). -----

--- El análisis --descartada la aplicación de la ley nacional-- debe circunscribirse al estudio de compatibilidad entre la normativa regulatoria de la práctica requerida dictada por la DOS en el marco de las atribuciones conferidas por la Ley Provincial N° 216-Q (LP 216-Q), y el resto de las normas nacionales e internacionales que rigen los derechos involucrados en el caso y cuya garantía reclama la amparista (arts. 16, 28, 33, 42, 321 y 75, inc. 22 de la CN, arts. 558, 560 y cc. del Código Civil y Comercial). -----

--- Para ello sostengo que no puede soslayarse las previsiones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que constituyen ley

vigente, conforme lo ordenado por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que a la vez resultan normas operativas y que reconocen los derechos invocados por la accionante. Pues las resoluciones de la DOS deben ser conforme o compatibles con dicho bloque de constitucionalidad o convencionalidad, y es resorte de este Poder Judicial el control de dicha compatibilidad. -----

--- El derecho a la salud es un derecho humano fundamental reconocido por la Constitución Nacional en los artículos 33 y 42, y en Tratados Internacionales tales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. 1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI). -----

--- El carácter fundamental del derecho a la salud, y la íntima relación con el derecho a la vida ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 329:2552; 333:690, entre otros). -----

--- Tal como ha sido señalado, esta prerrogativa comprende el derecho a la salud reproductiva, y consecuentemente el de acceder a la tecnología necesaria para hacerlo efectivo. -----

--- Estrechamente vinculado con el derecho a la salud reproductiva aparece el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 17.2 del Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.2; artículo 6 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16 y al derecho a procrear aprovechando todos los avances científicos tecnológicos.

--- En el caso, no hay dudas de que se encuentra involucrado el derecho a la salud de la amparista --íntimamente relacionado con el derecho a la vida-- tal como ha sido reconocido por la propia accionada en la resolución de creación del Programa de Reproducción Médicamente Asistida cuya fundamentación

refiere a la infertilidad humana como una enfermedad y para la que prevé cobertura mediante técnicas de baja y alta complejidad. -----

--- Ahora bien, es preciso determinar si la reglamentación dictada por la DOS --los requisitos de inclusión y las exclusiones-- interfiere de modo arbitrario irrazonable en el efectivo goce de los derechos invocados por la amparista. --

--- III. Análisis de la constitucionalidad del artículo 4 de la Resolución General n° 5773-I de la DOS con relación al estado civil o situación de pareja de la solicitante. -----

--- Tal como señalé la DOS reglamenta, mediante Resolución General N° 5773-I de fecha 23 de agosto de 2016 los tratamientos de Reproducción Medicamente Asistida. -----

--- El artículo 4 de la normativa mencionada (obrante a fs. 39/50 de las presentes actuaciones) establece como requisito de inclusión para ser incorporado al Programa de Reproducción acreditar “ser pareja casada o en una unión convivencial”. El incumplimiento de este requisito por parte de la accionante --que es soltera-- constituyó uno de los argumentos vertidos en la Resolución N°03972 de 30 de mayo de 2019 para denegar la solicitud de cobertura de tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad con muestra de semen de banco que fuera solicitada. -----

--- De esta manera una de las razones de la exclusión que argumenta la DOS para denegar la cobertura del tratamiento médico indicado es la condición civil de la afiliada, por cuanto al ser soltera no puede llenar el requisito de acreditar estar vinculada matrimonialmente, ni en unión convivencial. De esta manera se concreta en el caso una discriminación en razón de su condición civil que termina eliminando toda posibilidad de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la salud reproductiva. -----

--- Destaco que el artículo 12, inciso 1. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece: “...los

estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.” -----

--- Pues bien, la normativa vigente asegura el acceso a la atención médica de las mujeres sin discriminación alguna. -----

--- No resulta, pues, razonable negar el derecho al tratamiento sobre la base de la condición civil, menos aun considerando que la restricción no encuentra ninguna razón atendible en los fundamentos de la resolución, más que la exclusión por la exclusión misma. -----

--- Y si bien podrá decirse que afecta a todo el universo de afiliadas solteras que no se encuentren en unión convivencial, y que padezcan de la patología que cubriría a mujeres casadas o en unión convivencial, no se ve objetivamente cuál podría ser el motivo que justifique la exclusión de las primeras, lo que me persuade –a la luz de los tratados internacionales y de los derechos en juego- que corresponde declarar su inconstitucionalidad, en ese aspecto.-----

--- Entiendo que esta discriminación resulta contraria al derecho a la salud y a la igualdad por cuanto se le niega infundadamente lo que se les concede a otras afiliadas que presentan igual patología, pero distinto estado. -----

--- De lo expuesto hasta aquí concluyo que el artículo 4 de la Resolución General N° 5773-I-16 de la DOS, en cuanto instituye cortapisas vinculadas al estado civil de la afiliada, es contraria a los derechos reconocidos en el orden constitucional e internacional, y lesivo del derecho de igualdad de todos los habitantes ante la ley, consagrado por nuestra Constitución Nacional (art.16), por lo que corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad de la exclusión por dicho motivo. -----

--- IV. Análisis de la constitucionalidad de la exclusión de la práctica: -----

--- Resta analizar si resulta compatible con el marco normativo expuesto el segundo motivo invocado por la DOS para denegar la cobertura, cual es la exclusión prevista también en el artículo 4 de la Resolución General relativa al tratamiento solicitado por la amparista, "Semen de Banco". -----

--- El Programa de Reproducción Médicamente Asistida (creado por la Resolución DOS) comprende entre las técnicas de Alta Complejidad la Fecundación In Vitro (FIV), ICSI, pero excluye la posibilidad de que se realicen con Semen de Banco. De esta manera la amparista que reúne las condiciones de infertilidad contempladas por la resolución, no puede acceder a la cobertura porque el tratamiento indicado para ella (tal como surge de fs. 23, 32 vta.) se encuentra excluido. -----

--- Habiendo determinado que la exclusión por razón de la condición civil es inconstitucional e inconveniente, la forma en que se ha reglamentado la técnica que exige la existencia de gametos propios y excluye la posibilidad del semen de banco, se transforma en una forma indirecta de volver a exigir la condición civil de casada o en unión convivencial, imponiendo de esta manera una planificación familiar no pretendida por la amparista. -----

--- La fertilización homóloga --con material genético de la misma pareja-- como la heteróloga está permitida por la legislación de fondo vigente en Argentina. El Código Civil y Comercial reconoce como fuente de filiación las técnicas de reproducción humana asistida, atribuyéndole iguales efectos que a las otras fuentes, tales como la naturaleza y la adopción (art. 558). Por su parte el artículo 562 refiere a la importancia de la voluntad procreacional con total independencia de quien haya aportado los gametos. -----

--- En este punto la disposición de la DOS, al establecer como criterio de exclusión la posibilidad de recurrir a la técnica de semen de banco desconoce la normativa de fondo sin explicación alguna. No hay en la Resolución General

de la DOS, ni en la particular dictada para el caso concreto ni una mínima justificación de por qué están excluidos los procedimientos “con Semen de Banco”, y por tanto le niega a la amparista la técnica de Alta Complejidad que le concede a otras afiliadas con igual patología, pero que pueden aportar gametos propios. -----

--- Merece especial atención en el caso, la edad de la accionante que al tiempo de la solicitud tenía 39 años, y la DOS prevé como límite los 43 años para acceder a los tratamientos. Es decir, el tratamiento denegado es el indicado para su patología y puede ser –en razón de su edad-- la única posibilidad que tenga la afiliada de acceder al plan de vida que pretende, lo que adquiere especial relevancia para resolver el presente caso. -----

--- Al respecto se han expedido otros Superiores Tribunales señalando: “...la carga de la motivación argumental es mayor cuando la salida que se propicia va en el sentido de restringir el ejercicio de derechos fundamentales, como lo son los derechos de intentar procrear, a fundar una familia y a gozar de los avances del progreso científico, en conexión con la salud reproductiva, en forma igualitaria y sin discriminaciones”. (Sala Electoral y de Comp. Originaria-Tribunal Superior de Córdoba- Protocolo de Autos N° Resolución :86, Año 2019, Tomo 3; Folio. 658-676). -----

--- “Los derechos de raigambre constitucional, así como los principios consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) con la única condición de no ser alterados en su substancia.” (Fallos: 249:252; 257:275, entre otros). -----

--- En el caso la decisión de la DOS colisiona con la normativa de fondo, nacional e internacional sin fundamento suficiente o razonable, lo que en el

caso conlleva la pulverización de la posibilidad de la amparista de acceder a las técnicas necesarias para hacer efectivo los derechos constitucionales ya referidos. -----

--- Esta privación de los derechos fundamentales ostenta una arbitrariedad manifiesta, por cuanto no existe fundamento razonable para suprimir el núcleo de los derechos involucrados. Corresponde, en consecuencia, declarar en el caso la inconstitucionalidad del artículo 4, también en lo atinente a la exclusión del tratamiento con semen de banco. -----

--- Por las razones expuestas, he de propiciar con mi voto se haga lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado, revocándose el pronunciamiento recurrido (art. 14, primer párrafo LP 59-O). Asimismo, y no restando otras cuestiones por tratar, corresponde que el Tribunal se avoque al fondo del asunto y declare para el caso, la inconstitucionalidad del art. 4 de la Resolución General N° 5773-I-16 de la DOS en cuanto prevé como motivos de exclusión la condición civil de la amparista y la exclusión de la técnica de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con muestra de semen de banco. -

--- Como consecuencia de ello, y encontrándose validada la necesidad del tratamiento por Auditoría Médica de la DOS, se ordena a la demandada brindar a la actora la cobertura del tratamiento de fertilización asistida indicado, debiendo realizarse la prestación conforme el resto de las condiciones establecidas por el Programa de Reproducción Médicamente Asistida creado por la Resolución General N° 5773-I-2016. -----

--- En cuanto a las costas, propongo se impongan en todas las instancias en el orden causado. Motiva esta decisión la circunstancia de que el asunto debatido resulta ser una cuestión compleja y la demandada pudo haberse sentido con derecho a resistir la acción, toda vez que por la presente se procede a la abrogación, para el caso, de una norma. Se suma al fundamento

precedente que la admisión del amparo es parcial, dándose el supuesto previsto en el 2° párrafo del artículo 66 del CPC. -----

--- LOS DOCTORES MARCELO JORGE LIMA Y JUAN JOSÉ VICTORIA DIJERON: -----

--- Por sus fundamentos, adherimos al voto precedente. -----

--- De acuerdo con el resultado de la votación, el Tribunal RESUELVE: I) Hacer parcialmente lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora. II) En consecuencia, anular la sentencia recurrida, y avocándose el Tribunal al fondo de la cuestión traída, declarar en el caso la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Resolución 5773-I-16 en cuanto prevé como motivo de exclusión la condición civil de la amparista, y la exclusión de la técnica de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con muestra de semen en banco. III) Como consecuencia de la inconstitucionalidad declarada, ordenar a la DOS que brinde a la actora la cobertura del tratamiento de fertilización asistida, debiendo realizarse la prestación conforme el resto de las condiciones establecidas por el Programa de Reproducción Médicamente Asistida creado por la Resolución General N° 5773-I-16. IV) Imponer las Costas por su orden, de conformidad a las razones expuestas en los considerandos (art. 66, 2° párrafo CPC). V) Ordenar que se protocolice la presente y se agregue copia a ambos expedientes y a los autos principales que deberán bajar al Tribunal de origen. -----

---- Notifíquese y oportunamente archívense. Fdo. doctora Adriana Verónica García Nieto, doctores Marcelo Jorge Lima y Juan José Victoria. Ante Mí: Carolina Inés González –Secretaria Letrada de la Corte de Justicia.

Ef-7451

AL

PRE S2 2020-V-998

Corte de Justicia, Sala Segunda, Expte. N° 4054 “PAEZ Leonardo Fabián y otra c/Provincia de San Juan (DOS) - Amparo - Inconstitucionalidad y casación”; P.R.E. S.2ª. 2009-III-571.

Régimen de la ley 24.901

La ley nacional 24.901 de “protección a las personas con discapacidad” instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Están obligados a cumplir con las prestaciones de dicha ley: a) las obras sociales, respecto de sus afiliados; b) el Estado Nacional (y los estados provinciales o municipales que hayan adherido), respecto de las personas que carecen de cobertura de obra social.

Situación de las obras sociales provinciales

Las obras sociales a que alude la ley 24.901 son las enunciadas en el artículo 1 de la ley 23.660, norma que excluye a las denominadas “obras sociales provinciales” u “obras sociales municipales”. Es decir que éstas, en principio, no resultan obligadas a brindar las prestaciones de la ley 24.901.

Entes obligados

Cuando la persona con discapacidad está afiliada a una de estas obras sociales provinciales o municipales las prestaciones deben ser cumplidas: por el estado provincial o municipal correspondiente (siempre que haya adherido) o, en última instancia, por el Estado Nacional.

DOS: carácter autárquico

La Dirección de Obra Social de la Provincia (DOS) es un ente autárquico y, por ende, persona distinta del Estado Provincial.

Obligaciones de la DOS respecto de las prestaciones de la ley 24.901

La DOS es una de las obras sociales provinciales excluidas de la enumeración

del artículo 1 de la ley 23.660. De ello se concluye que la institución no está obligada a brindar a sus afiliados las prestaciones de la ley 24.901.

Adhesión de la Provincia a la ley 24.901 (ley 7064)

De acuerdo con los términos en que se ha planteado la litis, cabe concluir que la adhesión del Estado Provincial al régimen de la ley 24.901 no es operativa. La norma pertinente (ley 7064 del año 2000) condicionó la adhesión a ...la efectiva disponibilidad de recursos afectados, tanto de origen nacional como provincial, que se encuentren contemplados en las respectivas Leyes de Presupuesto Nacional y Provincial. De una parte, las palabras de la ley no admiten otra interpretación: la implementación de las prestaciones y la adhesión misma están condicionadas a que haya fondos disponibles, específicamente atribuidos. En segundo lugar, la amparista no ha probado ni invocado que se haya cumplido la condición establecida en la ley.

Conclusiones (obligaciones de la DOS y Estado Provincial en el marco de la ley 24.901)

En consecuencia, corresponde acoger el recurso de casación y casar la sentencia recurrida en estos dos aspectos: a) las disposiciones de la ley nacional 24.901 no son aplicables a la Dirección de Obra Social de la Provincia; b) de acuerdo con los términos en que se ha planteado la litis, debe interpretarse que todavía no ha operado la adhesión que la Provincia de San Juan ha realizado (ley 7064) respecto de la misma ley 24.901.

Ley provincial 7850

Sin perjuicio de lo anterior, la situación relativa a la presente causa ha sufrido una decisiva modificación a partir del dictado de la ley provincial 7850 (B.O. 24/1/08).

Deber de considerar la norma

La norma debe ser considerada ya que el Tribunal debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión aunque éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario.

Aplicación temporal

La obligación asistencial del Estado Provincial tiene la particularidad de prolongarse en el tiempo, en tanto su presupuesto de hecho es la misma discapacidad. Dicha “permanencia”, esta suerte de ultra-actividad de la consecuencia de la situación jurídica, permite asimilarla con las consecuencias posteriores a la ley. Por esa razón, la situación viene a caer bajo la órbita del “efecto inmediato” de la primera oración del artículo 3 del Código Civil. Por lo tanto, la ley 7850 es aplicable al caso de autos.

Particularidades del certificado al que alude la ley 7850

Es cierto que el certificado al que alude la ley 7850 es distinto del que legislaba la norma que anteriormente regía el punto (ley 5023/82). Básicamente, porque dicha ley establecía que la Secretaría de Estado de Salud Pública de la Provincia sería el ente competente para certificar en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado (art. 4). Sin embargo, de hecho, el certificado agregado a los autos se adecua en lo sustancial a los requisitos que exige la nueva ley. Por otra parte, el certificado referido tiene validez hasta el 12 de octubre de 2010. En virtud de ello, debe considerársele como vigente, ya que la ley 7850 nada dice sobre la suerte de los certificados anteriores, con lo que no hay razón para pensar que han quedado sin efecto.

Beneficiarios de las prestaciones de la ley 7850: caso de los afiliados a la DOS.

El artículo 24 de la ley 7850 comprende como beneficiarios a las personas con

capacidades especiales excluidas del sistema de seguridad social. De ello parece resultar que sólo las personas excluidas del sistema de seguridad social pueden recibir los beneficios de la ley. Sin embargo, los afiliados a la DOS deben considerarse incluidos, ya que no pueden estar en peores condiciones que quienes carecen de obra social. Así pues, el artículo 24 de la ley 7850 debe interpretarse expansivamente.

Conclusión

Como consecuencia de lo dicho, y tras evaluar que el caso de autos estaba específicamente comprendido en las previsiones del artículo 18 de la ley 7850, el Tribunal resolvió mantener la condena al Estado provincial.

Costas

Las costas de esta instancia y del proceso: respecto de la relación procesal amparista/DOS, se impusieron en el orden causado. Ello en virtud del vencimiento parcial y mutuo de ambas en las distintas cuestiones planteadas en esta instancia y a lo largo del proceso (CPC, art. 77); y porque la amparista pudo considerarse con derecho a reclamar a la entidad, ante la evidente percepción instalada en la comunidad de que la Obra Social es o forma parte del Estado Provincial. Respecto de la relación amparista/Estado Provincial, las costas se impusieron al segundo. El propio Estado ha obligado a la amparista a litigar, ya que la desafortunada fórmula de adhesión a la ley 24.901 ha hecho necesario este litigio.

Parte

resolutiva

Tras todas estas consideraciones, el fallo adopta las siguientes soluciones: A) rechaza los agravios primero y sexto del recurso de inconstitucionalidad, y declara abstractos los agravios segundo, tercero, cuarto y quinto del mismo recurso. B) Acoge el recurso de casación y casa la sentencia recurrida en los

dos aspectos ya enunciados, a saber: a) las disposiciones de la ley nacional 24.901 no son aplicables a la Dirección de Obra Social de la Provincia; b) de acuerdo con los términos en que se ha planteado la litis, debe interpretarse que todavía no ha operado la adhesión que la Provincia de San Juan ha realizado (ley 7064) respecto de la misma ley 24.901. C) Como consecuencia de esto, se revoca la condena en lo concerniente a la DOS. D) Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene dicha condena en lo referente al Estado Provincial, en función de las nuevas disposiciones de la ley 7850. E) Costas de la instancia extraordinaria y del proceso: se las impone por su orden respecto de la relación procesal amparista/DOS, y a la demandada, en la relación amparista/Estado Provincial.

SALA SEGUNDA

Expte. N° 6009 caratulado “AVILA Eduardo Adolfo c/ Dirección de Obra Social Provincia de San Juan y Provincia de San Juan – INCONSTITUCIONALIDAD y CASACION”

En la Ciudad de San Juan, a siete (07) días del mes de junio del año dos mil trece, reunidos los señores Miembros de la Sala Segunda de la Corte de Justicia, que entienden en esta causa, doctores Adolfo Caballero, Juan Carlos Caballero Vidal y José Abel Soria Vega, a fin de examinar los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, en fecha veintiséis de diciembre de dos mil doce, en autos N° 21624 (133256) caratulados: “Avila Eduardo Adolfo c/ Dirección de Obra Social Provincia de San Juan y Provincia de San Juan - Amparo”.-----

--- EL SEÑOR MINISTRO DR. ADOLFO CABALLERO, DIJO:-----

--- En la sentencia impugnada el Tribunal rechaza el recurso de apelación interpuesto por la codemandada, Provincia de San Juan. De esta manera, confirma la sentencia de primera instancia que había condenado a la Provincia a brindar a la menor discapacitada Ticiania del Valle Avila Flores la cobertura total de un dispositivo auditivo.-----

--- Al fundar su decisión, y en lo que es materia de recurso, el *a quo*, concluye que: 1º) Si bien en el caso la condena a la DOS ha quedado firme y consentida, las Obras Sociales Provinciales –en el caso de San Juan, intervenida por el Poder Ejecutivo Provincial y dependiente del Ministerio de Salud– revisten el carácter de organismo del estado destinado a brindar la cobertura integral de la salud de los agentes públicos de la Administración

Provincial, y por medio del cual el Estado Provincial procura cumplir el mandato constitucional de garantizar la salud de sus habitantes, teniendo la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas discapacitadas, sin perjuicio de lo cual podrían luego solicitar una compensación al Ministerio de Acción Social de la Nación o al Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de los gastos incurridos, ya que su eventual no adhesión al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no puede conducir a la frustración del derecho de las personas con discapacidad. 2º) En lo que respecta a la Provincia de San Juan, resultaría un excesivo rigor formal revocar la condena del juez *a quo* para exigir que la parte actora hiciera un reclamo a la Provincia de San Juan, el que inexorablemente sería rechazado, según surge del informe circunstanciado por esta presentado, en el que alega que las leyes 24.091, 23.660 y 23.661 no resultan de aplicación ni a la DOS ni a la Provincia y que su adhesión por ley 7064 se encuentra condicionada. 3º) El Estado Provincial es garante de las prestaciones de sus ciudadanos con discapacidad, tengan o no cobertura social, cuando la atención de la patología requiere de gastos relevantes (U\$S 14.500), imposibles de afrontar por un empleado municipal, aun cuando la DOS brinde una cobertura de \$26.000. Afirma que si el Estado Provincial debe gestionar los fondos necesarios cuando se trata de personas excluidas del sistema de seguridad social (art. 24, ley 7850) no resulta razonable que a una persona que tiene cobertura de la DOS no se le brinden los medios necesarios para adquirir el dispositivo con un 100% de cobertura, máxime cuando los agentes del seguro de salud deben brindar la cobertura del 100% en prótesis e implantes de colocación interna permanente (resolución 201/2002, anexo I, pto. 8.3.3).-----

--- La recurrente encuadra su recurso de inconstitucionalidad en el artículo 11, inciso 3º de la ley 2275. Aduce que la resolución impugnada es violatoria del

artículo 33 de la Constitución Provincial

--- En primer lugar, tilda de arbitrario el fallo en cuanto, para considerar procedente el amparo, omite analizar los recaudos de admisibilidad establecidos en el artículo 565 del CPC, 40 de la Constitución Provincial y 43 de la Constitución Nacional, a saber: a) la Provincia de San Juan no ha producido lesión alguna a ningún derecho de rango constitucional ya que nunca tuvo la posibilidad de expedirse ante un reclamo previo al amparo, pues nunca se le reclamó nada; b) por ello no existe ilegalidad o arbitrariedad por acción u omisión; y c) en cuanto a la inexistencia de otro remedio legal, el amparista jamás citó a su coseguro para que indicara qué parte de la prestación cubría.-----

--- En segundo lugar, se agravia de que el *a quo* funde el decisorio en las leyes 24.901, 24.754, 26.378 y 7850. Refiere que el artículo 4 de la ley 24.901 y el artículo 4 de la ley 7850 establecen que la ley es operativa para las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social, pero este no es el caso; que, además, la ley 7064 condiciona la operatividad a la efectiva disponibilidad de fondos afectados, situación que no se ha verificado. Indica que la ley 24.754 alude a las prepagas, que nada tienen que ver con el Estado Provincial y que, en cuanto a las leyes 26.378 y 23.660, no existe adhesión provincial por lo que la resolución 201/2002 que aprueba el Programa Médico Obligatorio no resulta aplicable al caso.-----

--- La impugnante encuadra su recurso de casación en los incisos 1º y 2º del artículo 15 de la ley 2275. Argumenta que el *a quo* no ha aplicado el artículo 565 del CPC, 40 de la Constitución Provincial y 43 de la Constitución Nacional. Asimismo, peticiona que se declaren inaplicables al caso las leyes nacionales 24.901, 23.660 y 23.661, y la ley provincial 7850.----

--- Expuestos sucintamente los antecedentes del planteo, me aboco a examinar su admisibilidad formal. Adelanto que dicho examen conducirá a

desestimar formalmente los recursos pues han sido planteados extemporáneamente.---

--- Ha dicho esta Sala recientemente (PRE S.2ª 2012-I-197) que «de acuerdo con el artículo 583 del nuevo CPC, en los procesos de amparo se consideran hábiles todos los días del año. La regla se aplica, como la última parte del artículo indica, a “la actuación en todas las instancias provinciales, ordinarias o extraordinarias”, y sólo se excluyen: “los plazos fijados para contestar el informe del artículo 574 y para la interposición del recurso de apelación y su contestación”. Como consecuencia de ello, el plazo de diez días que el artículo 2 de la ley 2275 establece para plantear los recursos extraordinarios debe computarse en días corridos.»-----

--- En la especie, surge del certificado obrante a fojas 200 que la recurrente se notificó personalmente de la sentencia en fecha 28 de diciembre de 2012. En consecuencia, el plazo para recurrir se encontraba ampliamente vencido a la fecha de presentación de los recursos (8 de febrero de 2013).-----

--- Destaco que en nada cambia las cosas el que los tribunales hayan estado en feria durante el mes de enero. Según el citado artículo 583, en el amparo se consideran hábiles *todos* los días del año. En consecuencia, no hay razón para excluir los de la feria judicial. Por lo demás, y a mayor abundamiento, la ley 5854 establece mecanismos para la recepción de “asuntos de feria” (arts. 120 a 122), y entre tales asuntos se encuentran los procesos de amparo (art. 124, inc. e).--

--- Por las razones expuestas, voto por desestimar formalmente los recursos de inconstitucionalidad y casación.-----

--- LOS SEÑORES MINISTROS DRES. JUAN CARLOS CABALLERO VIDAL Y JOSE ABEL SORIA VEGA, DIJERON:-----

--- Por sus fundamentos, nos adherimos al voto emitido precedentemente.----

--- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE:

I) Desestimar formalmente los recursos de inconstitucionalidad y casación deducidos. II) Devolver al recurrente las copias para traslado acompañadas. III) Protocolícese, notifíquese y oportunamente archívense. Fdo. Dres. Adolfo Caballero, Juan Carlos Caballero Vidal y José Abel Soria Vega. Ante mí: Andrés de Cara – Secretario Letrado de la Corte de Justicia.

Df-6009

S.E.

P.R.E. S.2ª 2013-II-297

CORTE DE JUSTICIA

SALA SEGUNDA

Expte. Nº 5626/11 “CORTEZ, Marcelina Haydee – Amparo

- Inconstitucionalidad y Casación”

En la Ciudad de San Juan, a dos (02) días del mes de marzo del año dos mil doce, reunidos los señores Miembros de la Sala Segunda de la Corte de Justicia, que entienden en esta causa, doctores José Abel Soria Vega, Juan Carlos Caballero Vidal y Adolfo Caballero, a fin de resolver los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por la Provincia de San Juan contra la resolución dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, en fecha dieciséis de septiembre del año dos mil once, en autos Nº 10768 - 126421 caratulados: “Cortez Marcelina Haydee – Amparo”; procedieron a considerar las siguientes cuestiones: ¿Son procedentes los recursos de inconstitucionalidad y casación deducidos en autos? En su caso: ¿Qué resolución corresponde dictar?-----

--- EL SEÑOR MINISTRO DR. JOSÉ ABEL SORIA VEGA, DIJO:---

--- En la sentencia impugnada el Tribunal admitió el recurso de la amparista. De esta manera, revocó la sentencia de primera instancia y ordenó a la Obra Social de la Provincia que proveyera a la demandante una prótesis total de cadera y los gastos de internación. Al fundar su decisión, el *a quo* expresa que está involucrado el derecho a la salud de la amparista, lo que hace viable la vía del amparo. Que el Tribunal ya se ha expedido sobre la aplicación de la ley nacional 24.901 de discapacidad a la Provincia de San Juan y sobre la relación del ente Dirección de Obra Social con el Estado Provincial. Agrega que el certificado médico acompañado aconseja el implante de la prótesis total de cadera, “...de lo que se infiere un estado de salud invalidante de la amparista...”.-----

--- La demandada encuadra su recurso de inconstitucionalidad en las causales de los incisos 1º y 3º del artículo 11 de la ley 2275. Dice que está en juego, respectivamente, mantener la supremacía de la Constitución Provincial y actuar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, claramente violadas.-----

--- En primer lugar, se agravia señalando que no se ha considerado el carácter excepcional del amparo, cuya procedencia requiere de que concurren tres requisitos: lesión a un derecho o garantía constitucional, legalidad o arbitrariedad manifiesta del acto e inexistencia de otro remedio legal. Se explaya expresando que ninguno de los requisitos está presente.-----

--- En cuanto al fondo del amparo, la recurrente plantea dos objeciones a lo resuelto. Comienza diciendo que la amparista jamás declaró que fuera incapaz, pese a lo cual el *a quo* decide tácitamente encuadrarla como tal, al fundar su resolución en la ley 24.901. Agrega que lo decidido en todo caso contradice lo resuelto por esta Corte en el fallo “Paez”, en el cual se determinó que la ley 24.901 no estaba vigente en la Provincia. Por otra parte, impugna que se haya asimilado a la Obra Social con el Estado Provincial, en contra de lo resuelto por la Corte en el mismo fallo.-----

--- La demandada encuadra su recurso de casación en las causales de los dos incisos del artículo 15 de la ley 2275. Dice que el Tribunal ha aplicado normas no vigentes, como las leyes 24.901, 23.660 y 23.661. Vuelve a recalcar que lo decidido contradice lo resuelto en el fallo “Paez”.

--- Los recursos fueron admitidos formalmente mediante interlocutoria de fojas 229. Se corrió traslado a la parte amparista y al Defensor del Pueblo, quienes contestaron mediante escritos de fojas 238/245 y 247, respectivamente. También se corrió traslado al Fiscal General de la Corte, quien ha dictaminado a fojas 249/250.-----

--- Expuestos los antecedentes del planteo, paso a examinar su procedencia sustancial. Adelanto que, tras dicho examen, propiciaré la recepción del recurso de inconstitucionalidad.-----

--- Comienzo reseñando los argumentos que emite el Tribunal sobre el fondo del asunto: en primer lugar, alude a la aplicación de la ley 24.901 y a la adhesión provincial a dicha norma, mediante ley 7064. Luego dice referirse a la relación entre la Dirección de Obra Social de la Provincia y el Estado provincial, a cuyo efecto cita un precedente en el que vuelve a aludir a la ley 24.901. El *a quo* concluye que el certificado médico aconseja el implante de la prótesis total de cadera, "...de lo que se infiere un estado de salud invalidante de la amparista, por lo que el Estado a través de los entes descentralizados, como es la DOS debe proveerla."-----

--- Como puede verse, la argumentación del *a quo* se basa en la aplicación al caso de la ley 24.901, norma que, cabe recordar, establece un "Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad". El Tribunal parece justificar la aplicación de la norma en la consideración según la cual el estado salud de la amparista (que necesitaba un reemplazo de cadera) se asimilaría al de discapacidad. Pues bien, tal asimilación resulta patentemente arbitraria. En primer lugar, porque refiere a un hecho no invocado por la amparista, quien ni en la demanda ni en las actuaciones posteriores invocó discapacidad alguna. Segundo, porque implica un notorio apartamiento de las constancias de la causa, pues, de hecho, la amparista no es discapacitada.-----

--- En efecto, la misma ley 24.901 dispone que se entiende por persona con discapacidad "...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 para su integración familiar, social, educacional o laboral." (art. 9) Y que "...la discapacidad deberá

acreditarse conforme a lo establecido por el artículo 3 de la ley 22.431 y por leyes provinciales análogas.” (art. 10). Por su parte, el artículo 3 de la ley 22.431 establece que “El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. (...) El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla (...) Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación.” Cabe agregar que, en línea con esta última disposición, la ley provincial 7850 dispone que: “El Ministerio de Desarrollo Humano, a través de la Dirección de Personas con Capacidades Especiales, certificará en cada caso la existencia de la discapacidad...” (art. 4) Y que “El certificado que se expida denominado 'Certificado de Capacidad Especial', acreditará plenamente la discapacidad en todos los supuestos que sean necesarios invocar y en todos los ámbitos de la Provincia. Será expedido únicamente por la Dirección de Personas con Capacidades Especiales, con previo dictamen de la Junta Evaluadora de Personas con Capacidades Especiales, conforme a las previsiones de la presente ley.” (art. 5).-----

--- La reseña normativa efectuada demuestra que la discapacidad debe ser evaluada y, en su caso, declarada por las autoridades competentes. La declaración implícita de discapacidad que parece haber efectuado el Tribunal se aparta de las constancias de la causa y, además, invade un ámbito de competencia evidentemente ajeno. Según lo adelantado, ello resulta arbitrario, por lo que corresponde anular el fallo. Cabe agregar que la solución del *a quo* no se sostiene ni siquiera en el contexto que el fallo plantea, pues los restantes argumentos de la sentencia son opuestos al criterio establecido

por esta Sala en el fallo Paez (P.R.E. S.2ª. 2009-III-571). Allí se dijo, por un lado, que la adhesión del Estado Provincial al régimen de la ley 24.901 no es operativa; por otro, que la Dirección de Obra Social de la Provincia (DOS) es un ente autárquico y, por ende, persona distinta del Estado Provincial.-----

--- Por todo ello, voto por acoger el recurso de inconstitucionalidad, con costas. También voto por anular la sentencia recurrida y disponer que un tribunal subrogante juzgue nuevamente la apelación de la amparista. En cuanto al recurso de casación, voto por declararlo abstracto.-----

--- LOS SEÑORES MINISTROS DRES. JUAN CARLOS CABALLERO VIDAL Y ADOLFO CABALLERO, DIJERON:-----

--- Por sus fundamentos, nos adherimos al voto emitido precedentemente.-----

--- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, con costas, anular la resolución recurrida y devolver la causa al tribunal de origen para que, previo conocimiento, la remita al que deba entender a fin de que dicte nuevo fallo con arreglo al presente. II) Declarar abstracto el recurso de casación. III) Agregar la presente al expediente y copias autorizadas a los protocolos respectivos y a los autos principales. Notifíquese y oportunamente archívense.- Fdo. Dres.: José Abel Soria Vega, Juan Carlos Caballero Vidal y Adolfo Caballero. Ante mí: Andrés de Cara, Pro-Secretario Letrado.-

Ef-5626

E.B.T.

P.R.E. S.2ª.- 2012-I-77

CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA
Expte. N° 5996 caratulado “ORELLANO
Josefa Flora c/ Dirección de Obra Social de la
Provincia de San Juan - Amparo -
INCONSTITUCIONALIDAD y CASACION”

En la Ciudad de San Juan, a dieciocho días del mes de marzo del año dos mil trece, reunidos los señores Miembros de la Sala Segunda de la Corte de Justicia, que entienden en esta causa, doctores Adolfo Caballero, Juan Carlos Caballero Vidal y José Abel Soria Vega, a fin de examinar los recursos de inconstitucionalidad y casación interpuestos por la parte actora, contra la sentencia dictada por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, en fecha once de diciembre de dos mil doce, en autos N° 133.295 (21.544) caratulados: “Orellano Josefa Flora c/ Dirección de Obra Social de la Provincia y Provincia de San Juan - Amparo”

--- EL SEÑOR MINISTRO DR. ADOLFO CABALLERO, DIJO:----

--- En la sentencia impugnada el Tribunal hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la codemandada Provincia de San Juan. De esta manera, revoca la sentencia de primera instancia que había condenado a la Provincia a brindar cobertura para la adquisición de audífonos, en la parte no cubierta por la DOS, a la menor de edad Mercedes Irene Zapata.-----

--- Al fundar su decisión, y en lo que es materia de recurso, el *a quo* concluye:

1) Que en el caso se ha acreditado que Mercedes Irene Zapata tiene certificado de incapacidad expedido por el Gobierno de la Provincia de San Juan, por lo que resulta aplicable la ley 7850 que reglamenta el sistema de protección integral de las personas con capacidades especiales; 2) Que, en función de ello, adquieren relevancia para la resolución del caso los artículos

13 y 24 de la aludida norma. Del contenido del primer artículo surge evidente que la DOS tiene la obligación de encuadrarse dentro de las pautas definidas por la ley 24.901 con relación a las personas discapacitadas; que, si bien la norma no ordena a los entes que brinden cobertura social que provean los insumos médicos necesarios para morigerar la discapacidad, la adhesión a la ley 24.901 les impone el deber de cumplir las prestaciones básicas con carácter obligatorio (art. 2), y entre esas prestaciones se encuentran las de rehabilitación enumeradas en el artículo 15. Que en tal virtud la condena debió ser que la DOS cubriera íntegramente la prestación reclamada en el amparo y no con el límite auto impuesto; 3) Que la ley 24.901 hace una perfecta separación entre los discapacitados que tienen cobertura social de aquellos que no la tienen; estos últimos deben recurrir al Estado para que se la brinde (art. 4). Esta idea se ve plasmada también en el artículo 24 de la ley 7850, por lo que en el caso de autos el Estado provincial no se encuentra obligado a cubrir la diferencia entre la cobertura social dada por la DOS y el precio real del audífono, más cuando ello no ha sido reclamado administrativamente en forma previa al inicio de la acción judicial.-----

--- La recurrente encuadra su recurso de inconstitucionalidad en el artículo 11, incisos 2º y 3º de la ley 2275. Aduce que la resolución impugnada contraría la validez de un derecho y una garantía que se apoyan en una cláusula constitucional; agrega que viola los derechos de defensa en juicio, propiedad, a la vida, a la salud, a la minoridad y la igualdad ante la ley.-

--- En primer lugar, se agravia de que el fallo concluya que el artículo 4 de la ley nacional 24.091 y el artículo 24 de la ley provincial 7850 excluyen a los afiliados de la DOS de la aplicación de ambas normas. Dice que ello coloca a tales afiliados en peores condiciones que quienes carecen de obra social, en franca violación del derecho de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional. Sostiene que el artículo 24 de la ley 7850 debe

interpretarse expansivamente: dentro del grupo de personas excluidas del sistema de seguridad social debe incluirse a los afiliados de la DOS, quienes están excluidos del sistema de seguridad social en materia de discapacidad; que así lo ha interpretado esta Corte en distintos fallos.-----

--- En segundo lugar, se agravia de que el *a quo* omita tratar los planteos que su parte efectuara en oportunidad de contestar los agravios de la Provincia de San Juan, en particular el vinculado a que la previa reclamación administrativa no condiciona la procedencia del amparo a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional; que por otra parte esta Corte se ha expedido en este punto determinando que el reclamo previo a la Provincia no es necesario si se efectuó ante la DOS, considerando la urgencia que la situación exigía.-----

--- La impugnante encuadra su recurso de casación en los incisos 1º y 2º del artículo 15 de la ley 2275. Argumenta que el *a quo* ha omitido aplicar los artículos 40, 54, 56, 61, 71, 82, 111 y 189 de la Constitución Provincial; los artículos 5, 14, 16, 17, 43, 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional; los artículos 23, 24, 26, 28 y 29 de la ley 23.849 –que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño–; artículos 2 y 18 de la ley 7850; artículos 1 y 4 de la ley 26.378 –que aprueba la Convención sobre los derechos de los discapacitados– y los artículos 2, 15, 27 incisos b y concordantes de la ley 24.901. Agrega que el Tribunal ha interpretado erróneamente el artículo 4 de la ley 24.901 y el artículo 24 de la ley 7850.-----

--- Expuestos sucintamente los antecedentes del planteo, me aboco a examinar su admisibilidad formal. Adelanto que dicho examen conducirá a desestimar formalmente los recursos, por las razones que a continuación expongo.-

--- En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, el primer agravio no puede prosperar, ya que la recurrente se desentiende de los fundamentos dados por

el *a quo* para avalar su decisión. En efecto, la quejosa no rebatía adecuadamente las consideraciones en que se apoya la sentencia impugnada, circunstancia que deja en evidencia la manifiesta improcedencia del recurso (PRE S.1ª 1990-II-73; PRE S.1ª 1996-II-281; etc.).-----

--- El *a quo* elabora sus conclusiones a partir de una interpretación del artículo 13 de la ley 7850. Sobre esa base, determina que la ley 24.901 y la 7850, que adhiere a la primera, hacen una perfecta separación entre los discapacitados que tienen cobertura social de aquellos que no la tienen, y dispone que estos últimos deben recurrir al Estado para que les brinde la cobertura (art. 4 de la ley 24.901 y 24 de la ley 7850). Afirma que la DOS tiene la obligación de encuadrarse dentro de las pautas definidas por la ley 24.901 con relación a las personas discapacitadas, según lo ordena el artículo 13 de la ley 7850; que si bien este artículo no ordena que provea los insumos médicos o prótesis necesarios para morigerar la discapacidad, la adhesión a la ley 24.901 le impone el deber de cumplir las prestaciones básicas con carácter obligatorio (art. 2), y entre esas prestaciones se encuentran las de rehabilitación enumeradas en el artículo 15. Que, en consecuencia, la condena debió ser que la DOS cubriera íntegramente la prestación reclamada en el amparo y no con el límite auto impuesto, con lo cual el Estado provincial no está obligado a cubrir la diferencia entre la cobertura social dada por la DOS y el precio real del audífono.--

--- Pues bien, la quejosa insiste en que el fallo impugnado deja a los afiliados de la DOS en peores condiciones que quienes carecen de obra social, al no incluirlos en las previsiones de los artículos 4 de la ley nacional 24.091 y 24 de la ley provincial 7850. Pero omite toda consideración a las normas por las cuales el *a quo* concluye que es la DOS quien debe hacerse cargo íntegramente de la prestación (arts. 13 de la ley 7850, 2 y 15 de la ley 24.091). Ha dicho en forma reiterada esta Corte que “el recurrente debe hacerse cargo

de todas las motivaciones y fundamentos que sustentan la conclusión, debiendo, en caso contrario, considerarse firmes esos puntos de la sentencia, con la inmutabilidad de la cosa juzgada, y, en consecuencia, insusceptibles de revisión en esta instancia extraordinaria” (PRE S.2ª 1988-I-61; PRE S.1ª 1990-I-141; PRE S.2ª 1993-III-72).-

--- Como dije, la recurrente invoca en su segundo agravio que el *a quo* omitió tratar el planteo relativo a la innecesariedad del reclamo administrativo previo. Juzgo que el agravio no puede ser admitido en función de lo dispuesto en el artículo 13 inciso 4º de la ley 2275. Es que la invocada omisión carece de eficacia para modificar la resolución recurrida: lo que en definitiva funda el rechazo de la acción de amparo con relación a la Provincia de San Juan es que la amparista cuenta con obra social (DOS) y es esta la que debió asumir íntegramente la cobertura del audífono.-----

--- Ha dicho esta Corte que la razón de ser de la carga que impone el artículo 13 inciso 4º radica en que “la ley no admite el recurso en sólo interés de la ley, esto es, cuando resulta evidente que un eventual pronunciamiento anulatorio no tendría incidencia alguna en el sentido del pronunciamiento recurrido” (PRE S.2ª 1996-I-54).-----

--- También debe ser desestimado el recurso de casación. En primer lugar, porque resulta ajeno a la vía recursiva lo relativo a la aplicación de las normas constitucionales y tratados que la recurrente invoca. Tiene dicho el Tribunal que no constituye motivo de casación la errónea interpretación o aplicación de normas constitucionales o asimiladas a tal rango, por cuanto todo cuanto tenga atinencia con ese tema debe ser resuelto por la vía del recurso de inconstitucionalidad. (PRE S.1ª 1999-II-293).-----

--- Por otra parte, también en este caso la recurrente se desentiende de los fundamentos del *a quo*. Como se ha dicho, este funda su decisión en una interpretación del artículo 13 de la ley 7850, punto que la recurrente omite

invocar. Como contrapartida, resulta insustancial la cuestión vinculada con la aplicación de los artículos 2, 15, 27 incisos b y concordantes de la ley 24.901 y la interpretación de los artículos 4 de la misma norma y 24 de la ley 7850. En lo pertinente, el recurso incumple con el requisito del artículo 15 último párrafo de la ley 2275, el cual exige que “la errónea interpretación o aplicación de la norma haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia contra la pretensión del recurrente”.-----

--- Por las razones expuestas, voto por desestimar formalmente los recursos de inconstitucionalidad y casación planteados.----

--- LOS SEÑORES MINISTROS DRES. JUAN CARLOS CABALLERO VIDAL Y JOSE ABEL SORIA VEGA, DIJERON:-----

--- Por sus fundamentos, nos adherimos al voto emitido precedentemente.----

--- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE:

I) Desestimar formalmente los recursos de inconstitucionalidad y casación deducidos. II) Devolver al recurrente la copia para traslado acompañada. III) Protocolícese, notifíquese y oportunamente archívense. Fdo. Dres. Adolfo Caballero, Juan Carlos Caballero Vidal y José Abel Soria Vega. Ante mí: Dr. Andrés de Cara - Secretario Letrado de la Corte de Justicia.

Df-5996

S.E.

P.R.E. S.2ª 2013-I-81

CORTE DE JUSTICIA

SALA SEGUNDA

Expte. Nº 6410 “CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD

” 1 Fallo CARRIZO AMPARO En la Ciudad de San Juan, a trece días del mes de mayo del año dos mil quince, reunidos los señores Miembros de la Sala Segunda de la Corte de Justicia según ha sido integrada para entender en esta causa, doctores Adolfo Caballero, Juan Carlos Caballero Vidal y Angel Humberto Medina Palá, a fin de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería en fecha treinta y uno de octubre del año dos mil catorce en autos Nº 11575 (144431) caratulados: “Carrizo Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo”; procedieron a considerar la siguiente cuestión: ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad deducido en autos? En su caso: ¿Qué resolución corresponde dictar?

----- --- EL SEÑOR MINISTRO DR. ADOLFO CABALLERO, DIJO:----

---- --- En la sentencia impugnada el tribunal de alzada rechazó la apelación de la demandada y confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo, condenando al Estado Provincial a brindar la cobertura del acompañante terapéutico en la modalidad de Docente SALA SEGUNDA Expte. Nº 6410 “CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD” 2 Auxiliar Integrador, a favor de la hija del amparista, mientras durara la prescripción profesional respectiva.

-- ---- --- Al fundar su decisión, el a quo expresó, en relación a los requisitos exigidos para la procedencia de la acción, que no cabía discutir si se realizaron o no planteos previos ante la Administración o si se concluyó con el trámite

allí iniciado, porque estaban en juego los derechos constitucionales a la salud y a la educación. En consecuencia, consideró cumplidos los requisitos de la acción de amparo, tal como lo meritó la juez de primera instancia.

----- --- Respecto a la queja de la apelante por la aplicación al caso de la Ley 24.901, siendo que el amparista pertenece al sistema de obras sociales al ser afiliado a la Obra Social de la Provincia (DOS), el tribunal de alzada consideró que como las obras sociales provinciales y municipales no están, en principio, obligadas a brindar las prestaciones de dicha ley, sus afiliados no pueden quedar sin la cobertura por lo que el obligado debe ser el Estado Provincial o Municipal que adhirió a la norma, tal como lo indicara este Tribunal en jurisprudencia que el a quo cita.

----- --- El recurso de inconstitucionalidad es encuadrado en SALA SEGUNDA Expte. N° 6410 "CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD" 3 el inciso 3° del artículo 11 de la Ley 59-O (antes Ley 2275) y motivado en que la sentencia es arbitraria y violatoria de los derechos de defensa, de propiedad, de igualdad ante la ley y al debido proceso.----- --- La recurrente se agravia de que el tribunal de alzada no se pronunció sobre la reiterada jurisprudencia de esta Corte donde se establecen los requisitos para la procedencia de la acción de amparo, que fuera invocada por su parte. Agrega que no está en desacuerdo en que el Estado deba responder en cuestiones de salud de niños discapacitados, pero que el amparo no es la vía adecuada porque existen otros medios más idóneos.

-- --- Expresa la accionada que tampoco existe en el caso ilegalidad ni arbitrariedad manifiesta ya que la Administración no se ha expedido; dice que tal como lo refiere el amparista, el expediente fue originado con una nota al Gobernador en fecha 9 de abril de 2013, la que fue remitida para su tramitación al Ministerio de Educación; sin interponer pronto despacho

administrativo ante dicho organismo ni amparo por mora ante la justicia, a los trece meses la actora presentó una nota de intimación al Gobernador (15/5/14) y a los dos meses de ésta (2/7/14) inició la acción que nos ocupa.--

----- SALA SEGUNDA Expte. N° 6410 "CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD"

4 --- Hasta aquí los antecedentes del caso; entrando ahora al examen del recurso deducido, anticipo que en mi opinión resulta procedente y, en consecuencia, debe revocarse el fallo impugnado por las razones que se exponen seguidamente.

- --- En las causas que se registran en PRE S.2ª 1995-I-192 e ídem 1995-II-55, el Tribunal ya se pronunció en el sentido de que la irreparabilidad del daño por otras vías, que impone como requisito de admisibilidad del amparo el artículo 582 del CPC, ha mantenido su vigencia aún después de sancionada la Constitución Nacional del año 1994. Luego, con mayor precisión, en la causa "Bustos" de fecha 4 de marzo de 1996 (PRE S.2ª 1996-I-27) este Tribunal dejó dicho que el artículo 43 de la nueva Constitución Nacional sancionada en el año 1994 nada modificó en lo atinente al requisito de demostrar la inexistencia de otras vías para reparar el daño invocado, y que, por el contrario, "... la norma constitucional citada, en cuanto dispone que podrá interponerse acción de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, no ha hecho sino consagrar a nivel constitucional, como presupuesto de admisibilidad del amparo, aquello que ya existía como tal en las normas locales (en nuestro caso, el art. 582 del CPC) y también en la doctrina y jurisprudencia: que es condición de SALA SEGUNDA Expte. N° 6410 "CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD" viabilidad de la acción de amparo que el interesado acredite no tener opción por otras vías procesales más adecuadas, apropiadas, aptas para lograr la restitución del derecho constitucional

menoscabado”.----- --- El criterio sustentado en el referido precedente de esta Corte de Justicia del año 1996, vino luego a ser también el adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en la causa “Provincia de Entre Ríos y otro c/ Secretaría de Energía s/ acción de amparo”, del 11 de julio de 2000, registrado en Fallos, 323:1825, dejó sentado que no cabe soslayar la existencia de otras vías procesales aptas para obtener la tutela de los derechos que se invocan, y que “... debe tenerse en cuenta que la existencia de remedios procesales ordinarios excluye la procedencia de la acción de amparo, siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa más que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos”, y ello por cuanto “el amparo es un proceso excepcional que resulta apto sólo frente a situaciones extremas y delicadas (...) ante las cuales la ineficacia de otros procedimientos origine un daño concreto y grave sólo reparable por la vía en examen”.----- ----

----- SALA SEGUNDA Expte. Nº 6410 “CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD”

--- En función de esa excepcionalidad de la vía del amparo, es decir, que se torna vía procesal admisible siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, es que en forma por demás reiterada esta Corte ha considerado que tratándose de cuestiones de índole administrativa, la vía del amparo resulta improcedente en tanto se tiene a disposición la vía administrativa e incluso, de ser necesario, la instancia revisora judicial del juicio contencioso administrativo que, para el caso, sería el medio judicial más idóneo cuando se trata de controlar la legitimidad de un acto administrativo. También se dijo que al referido criterio no cabe hacer excepción ni aún en el caso de alegarse el riesgo de daños inminentes, pues así como el administrado tiene a disposición la vía administrativa, también puede en ésta solicitar la cautelar que autoriza

el artículo 12 de la Ley 135-A (antes Ley 3784) (PRE S.2ª 2003-III-523). Finalmente, en el precedente citado se recordó que en anterior pronunciamiento (PRE S.1ª 2001-II-256) esta Corte dejó establecido que en cuestiones de índole administrativa, en principio, sólo la denegatoria – expresa o implícita- ante un pedido de suspensión de la ejecución del acto, puede tornar viable una acción de amparo, y en este caso limitado en su objeto a obtener la suspensión hasta que recayere resolución administrativa SALA SEGUNDA Expte. N° 6410 “CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD” 7 sobre el fondo, pero no más que eso. Vale decir que no se puede pretender por vía de amparo lisa y llanamente el control de legitimidad del acto administrativo, cuestión esta que excede el marco de conocimiento que le es propio.-----

----- --- El recurso deducido es procedente toda vez que la apelante se agravió de la sentencia de primera instancia señalando que no estaba habilitada la vía del amparo; expuso que la actora debió instar el trámite administrativo iniciado y agotar la vía o interponer una cautelar en dicha instancia y el a quo desentendiéndose por completo de esos argumentos consideró procedente la vía elegida con el solo fundamento de aludir a los derechos constitucionales a la salud y a la educación.--- ----- --- Entiendo que tal remisión no constituye razón suficiente para apartarse del criterio sentado por esta Corte en los precedentes arriba citados, en tanto no se dan en el presente circunstancias que autoricen la apertura como se hizo en otras oportunidades ante, por ejemplo, la inminencia del inicio del ciclo lectivo (cfr. PRE S. 2ª 2012-IV-784). En el presente caso, la actuación administrativa se inicia en abril de 2013, ya comenzado el ciclo lectivo; con posterioridad, no obstante conocer que el expediente se encontraba en el Ministerio de SALA SEGUNDA Expte. N° 6410 “CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo- INCONSTITUCIONALIDAD” 8 Educación, se intima al Gobernador a un

pronunciamiento al respecto en mayo del año siguiente, es decir, también iniciado el ciclo lectivo 2014. Todas estas conductas dejan en evidencia la falta de diligencia de la amparista.----- ---

Por lo que llevo dicho concluyo, como ya anticipara, que la resolución impugnada incurre en arbitrariedad y violación del derecho de defensa de la demandada, razón por la cual debe acogerse el recurso extraordinario de inconstitucionalidad y anularse la sentencia del a quo. De compartirse mi criterio, y atento que no hay otras cuestiones de hecho o prueba que deban examinarse, propongo que el Tribunal resuelva el fondo de la cuestión traída y se disponga el rechazo de la acción de amparo, con costas a la vencida en todas las instancias.-

----- --- LOS SEÑORES MINISTROS DRES. JUAN CARLOS CABALLERO VIDAL Y ANGEL HUMBERTO MEDINA PALÁ, DIJERON:----- -- --- Por sus fundamentos, nos adherimos al voto emitido precedentemente.-----

----- --- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en los términos de las consideraciones precedentes y, en consecuencia, revocar la resolución recurrida. II) Devolver el expediente SALA SEGUNDA Expte. N° 6410 “CARRIZO Ernesto Federico c/ Provincia de San Juan – amparo-INCONSTITUCIONALIDAD” 9 principal al a quo para que lo remita al Juzgado de origen. III) Imponer las costas de todas las instancias a la amparista. IV) Agregar la presente al expediente y copias autorizadas a los protocolos respectivos y a los autos principales. Notifíquese y oportunamente archívense. Fdo. Dres. Adolfo Caballero, Juan Carlos Caballero Vidal y Angel Humberto Medina Palá. Ante mí: Jorge Daniel de Oro. Secretario Letrado de la Corte de Justicia. Ef-6410 CS PRE S.2° 2015-II-232

CORTE DE JUSTICIA

AUTOS Nº 2478/00 “RIVAS, CLAUDIA ALEJANDRA –ACCION DE AMPARO – CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD –“

En la Ciudad de San Juan, a veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil uno, reunidos los señores miembros de la Sala Primera de la Corte de Justicia, que entienden en esta causa, doctores Carlos Eduardo Balaguer, José Abel Soria Vega y Angel Humberto Medina Palá, a fin de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Provincia de San Juan, contra la sentencia dictada por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, en fecha veintinueve de diciembre del año dos mil, en autos Nº 16.301 – 50.287 caratulados: “Rivas, Claudia Alejandra - Acción de Amparo”; procedieron a considerar como única cuestión, la siguiente: ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad deducido en autos?. En su caso: ¿Qué resolución corresponde dictar?-----

---- EL SEÑOR MINISTRO DR. CARLOS EDUARDO BALAGUER, DIJO:--

----- De los antecedentes del caso surge que la actora interpuso acción de amparo contra la Resolución Nº 029-DT-00, reclamando la nulidad de tal acto administrativo que dispone la caducidad de la licencia de radio-remisse que le fuera concedida por Resolución Nº 1119-DTT-99.----- Al fundar la acción interpuesta, sostuvo la amparista que en fecha 25 de octubre del año 2000 se le notificó la resolución por la cual se declaraba la caducidad de la licencia, y que intentó que la Administración reviera tal medida, al estar afectado el acto administrativo de diversas irregularidades, interponiendo a tal fin Recurso de Reconsideración y Jerárquico en subsidio, con expreso pedido de que se suspendiera la ejecución del acto; y que como dichas presentaciones hasta la fecha de la interposición del amparo no habían sido objeto de tratamiento

alguno, ello le obligó a interponer la acción de amparo como único resguardo a sus derechos.----- En primera instancia el amparo fue rechazado en base a considerar el sentenciante que en el caso no concurría el requisito de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta; que la amparista tenía en trámite recursos administrativos aún no resueltos y que aún en caso de serles adversos, permitían su revisión judicial, aspecto éste que excluía también el requisito de la irreparabilidad del daño por otra vía que resguardare su derecho.----- Al entender del recurso de apelación deducido por la amparista, el a quo, por mayoría, revoca la sentencia de primera instancia y admite la acción de amparo en base a considerar que el acto administrativo dictado por el Director de Transporte lo ha sido careciendo este funcionario de competencia y por cuanto, según considera el tribunal de alzada, en el caso, la tramitación impresa a las actuaciones que concluyeron con la declaración de caducidad de licencia vulneran el debido proceso y el derecho de defensa y a través de ellos, el derecho de trabajar de su titular.-----

----- El recurso de inconstitucionalidad es encuadrado en el art. 11 inc. 3º de la ley 2275 y motivado en que la sentencia recurrida viola el derecho de defensa de la demandada por cuanto admite la acción de amparo sin que concurren los requisitos que prevé la ley para su procedencia. Sostiene que la amparista no ha acreditado el daño que el acto administrativo le ocasiona, ni tampoco la irreparabilidad del mismo, ni que la utilización de las vías paralelas -cuya existencia la propia amparista reconoce y una de las cuales ha hecho uso- no fueran aptas para obtener una reparación del daño.-

----- Agrega que el fallo también incurre en arbitrariedad en tanto considera que se ha violado el debido proceso y el derecho de defensa al no haberse cumplido con el procedimiento establecido en el art. 39 de la ley 3879. Arguye que en este aspecto la arbitrariedad radica en que la mencionada ley -sancionada en el año 1973- no es de aplicación al caso, pues no regula la

prestación del servicio de remises o radio remises, modalidades de transporte que no existían a la época en que fue sancionada la ley; que la actividad de remises y radio remises está regulada por el decreto N° 1528/93 modificado por el decreto N° 145/99 y Resolución N° 005-DTT-99, normativa ésta que exige como requisito para obtener una licencia, acreditar el dominio del vehículo, bajo apercibimiento de caducidad de pleno derecho y sin necesidad de interpelación alguna.----- Reseñados así los antecedentes del caso, antes de entrar en el análisis del recurso, creo necesario atender los planteos que formula la parte recurrida al contestar el traslado que le fuera corrido, relativos a la supuesta presentación extemporánea del recurso de inconstitucionalidad, su remisión al recurso de casación en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales y también supuesta falta de introducción de la cuestión constitucional.-----

----- En lo que hace a que el recurso de inconstitucionalidad habría sido interpuesto en violación al art. 2º segundo párrafo de la ley 2275 que exige la interposición conjunta de los recursos de casación e inconstitucionalidad, la interpretación que de esta norma hace la amparista no es la adecuada. Teniendo en cuenta las muy particulares características del presente caso, en que la sentencia recurrida fue notificada el último día hábil del mes de diciembre del año 2000 y el recurso de casación interpuesto en época de feria, razón por la cual se proveyó que las actuaciones serían reservadas para cuando se reiniciara la actividad tribunalicia, de ello resulta que el término para interponer los recursos extraordinarios comenzó a correr recién el primer día hábil posterior a la feria del mes de enero. Siendo así, encontrándose reservadas las actuaciones, la interposición del recurso de inconstitucionalidad dentro del plazo previsto en el artículo 2º de la ley 2275 lo ha sido en tiempo propio.----- En cuanto a la falta de fundamentación autónoma, también en este aspecto entiendo errónea

la interpretación que propicia la parte recurrida. El decreto de fs. 53, dictado en fecha 12 de enero del corriente año, dispuso reservar las actuaciones para su consideración cuando concluya la feria del mes de enero, y el recurso así interpuesto fue en efecto considerado en el auto de fs. 59, siendo desestimado formalmente por las consideraciones que allí se exponen. Mal puede entonces sostenerse que el recurso de casación sea un acto inexistente, ni por tanto, puede considerarse censurable que al interponer el recurso de inconstitucionalidad se remita –sólo en lo que hace al cumplimiento de los recaudos formales- a la presentación en que se dedujo el recurso de casación.----- Finalmente, en cuanto al cumplimiento de la carga impuesta por el art. 12 de la ley 2275 –que la recurrida sostiene no satisfecha por la parte demandada- cabe señalar que tratándose de una acción de amparo, la cuestión es en sí misma de naturaleza constitucional, siendo supérflua cualquier manifestación de las partes al respecto en orden a lo establecido en aquella disposición.---- Sentado lo anterior, y entrando en materia, anticipo que en mi opinión, el recurso debe ser admitido y en consecuencia revocada la sentencia del a quo.-----

Esta Corte tiene dicho que aún luego de la vigencia del art. 43 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994, la procedencia del amparo está condicionado a la inexistencia de otras vías establecidas por la propia ley ritual u otras leyes aptas para proteger los derechos que se dicen conculcados (P.R.E. S.2ª 1995-II-55).---- También tiene dicho el Tribunal que cuando el art. 43 de la Constitución Nacional condiciona la procedencia del amparo a la inexistencia de “otro medio judicial más idóneo” no ha hecho sino consagrar a nivel constitucional, como presupuesto de admisibilidad del amparo, aquello que ya existía como tal en las normas locales (en nuestro caso el art. 582 del C.P.C.) y también en la doctrina y jurisprudencia: que es condición de viabilidad de la acción de amparo que el interesado acredite que no tiene

opción por otras vías procesales más adecuadas, apropiadas, aptas para lograr la restitución del derecho constitucional menoscabado (P.R.E. S.2ª 1996-I-27).----- Partiendo de las consideraciones precedentes, y siendo la cuestión que motiva el amparo de naturaleza administrativa, la acción de amparo debió haber sido rechazada, en tanto la amparista tiene a su disposición la vía recursiva administrativa – que por otra parte en el caso tiene en trámite- e incluso, de ser necesario, la instancia revisora judicial del juicio contencioso administrativo, que para el caso, sería *el medio judicial más idóneo* cuando se trata de controlar la legitimidad de un acto administrativo.----- Si bien es cierto, de las constancias de la causa surge que la amparista al interponer recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio contra la Resolución N° 029-DT-00, solicitó se suspendieran los efectos del acto impugnado, y que tal petición no ha sido atendida por la Administración, de ello no puede derivarse la admisión de la acción de amparo para resolver el fondo de la cuestión, esto es, para revisar en sede jurisdiccional la legitimidad del acto administrativo cuestionado.---- Ante el silencio acerca del pedido de suspensión de la ejecución del acto, podría haber tenido andamio una acción de amparo que tuviera por objeto lograr tal suspensión hasta que recayere resolución administrativa sobre el fondo, pero no más que eso. En el caso, el objeto del amparo no era la suspensión de la ejecución del acto administrativo, sino lisa y llanamente el control de legitimidad del acto administrativo, cuestión esta que excede el marco de conocimiento propio de aquella vía e impone el rechazo de la acción intentada, sin que ello implique prejuzgar acerca de la legitimidad del acto administrativo cuestionado por la amparista, lo cual deberá ser decidido por la vía adecuada, que como se vio, fuera iniciada por aquélla.----- En un caso análogo al del subjuice, ya dijo esta Corte que *“El criterio restrictivo con que debe juzgarse la procedencia de*

la acción de amparo debe incluso acentuarse cuando se dirige contra actos emanados de la Administración, en tanto rige respecto a ellos la presunción de legitimidad establecida en el art. 12 de la ley 3784, y además porque, como ha dicho Bidart Campos, cuando se trata de un acto administrativo, corresponde agotar la vía pertinente, pues de lo contrario se interrumpe la posibilidad de obtener satisfacción a la pretensión dentro del propio ámbito de la Administración con evidente desplazamiento y enervamiento de las defensas formales en su área funcional, por lo que el amparo no puede sustituir a la autoridad común en las decisiones que son de su competencia” (P.R.E. S.2ª 1995-I-192).

--- De lo que llevo dicho surge, como ya anticipara, que el recurso extraordinario debe ser admitido y revocada la sentencia del a quo, y no siendo necesario se evalúen nuevas cuestiones de hecho, he de propiciar se avoque el Tribunal al fondo de la cuestión disponiendo el rechazo de la acción de amparo, con costas en todas las instancias.-----

---- LOS SEÑORES MINISTROS DRES. JOSÉ ABEL SORIA VEGA Y ANGEL HUMBERTO MEDINA PALÁ, DIJERON:----- Por sus fundamentos, nos adherimos al voto emitido precedentemente.-----

----- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad revocando la sentencia del a quo, y no siendo necesario se evalúen nuevas cuestiones de hecho, se deberá avocar el Tribunal al fondo de la cuestión disponiendo el rechazo de la acción de amparo, con costas en todas las instancias. II) Agregar la presente al expediente y copias autorizadas a los protocolos respectivos y a los autos principales que deberán bajar al Tribunal de origen. Notifíquese y oportunamente archívense.-

E.B.T.

(ef-2478)

Siguen las firmas: Fdo. Dres.: Carlos Eduardo Balaguer, José Abel Soria Vega y Angel Humberto Medina Palá. Ante mí: Jorge Daniel de Oro, Secretario Letrado.-

P.R.E. S.1ª.- 2001-II-256.-

Nº 17.582 (67.881) caratulados: “**Asociación de Pesca con Mosca de San Juan -Amparo**”.-

P.R.E. S.2ª.- 2003-III-523.-

En la Ciudad de San Juan, a veintidós días del mes de agosto del año dos mil tres, reunidos los señores Miembros de la Sala Segunda de la Corte de Justicia, que entienden en esta causa, doctores José Abel Soria Vega, Juan Carlos Caballero Vidal, Adolfo Caballero, a fin de examinar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, en fecha cuatro de julio de dos mil tres, en autos Nº17.582 (67.881) caratulados: “Asociación de Pesca con Mosca de San Juan -Amparo”.-----

--- EL SEÑOR MINISTRO DR. JOSÉ ABEL SORIA VEGA, DIJO:--

--- La sentencia impugnada revoca el fallo de primera instancia y rechaza la acción de amparo. Para así decidir, comenzó el a quo por considerar que la amparista no acredita que por el dictado de la Resolución Nº 109-DPA-03 se haya de producir el daño inminente invocado, esto es, sustracción de cartelería instalada y extracción masiva y sin control de valiosas especies ictícolas, y que tampoco tal daño parece probable ante el control de la actividad de pesca que el Estado cumple en todo el territorio provincial, tras lo cual considera también el a quo que tampoco la amparista demuestra que en el caso no exista otro remedio legal para lograr la tutela pretendida.-----

--- Sostiene la recurrente que corresponde casar el fallo de segunda instancia en tanto se ha interpretado erróneamente la ley 6.911 y la resolución Nº 048-SSPA-99, por lo que encuadra el caso dentro del inc. 2º del art. 15 de la ley 2275.-----

--- Afirma que se equivoca la alzada al considerar que por estar en época de veda no aparece probado ni tampoco probable el daño inminente ante el control de la actividad de pesca que cumple el Estado Provincial.-----

--- Agrega la recurrente que si bien nos encontramos en época de veda, conforme lo dispuesto en el art. 18, 1º párr. de la resolución mencionada precedentemente, omite el fallo considerar el art. 19 del mismo cuerpo normativo que establece que en época de veda se encuentra habilitada la pesca bajo la modalidad “captura y devolución obligatoria”. Es así que en ésta época se puede causar perjuicios de mayor envergadura por ser época de desove.

--- Finalmente la quejosa critica que la Sala a quo considere que el Estado Provincial sí controla los ríos y pesqueros de la Provincia. Sostiene que si bien la ley 6911, en sus arts. 87, 88 y 89, dispone que el ejercicio directo de la policía administrativa en la materia será desempeñado por la autoridad de aplicación mediante un “Cuerpo de Agentes Provinciales de la Conservación”, en realidad ese Cuerpo jamás fue creado, razón por la cual el Estado mal puede proveer al cuidado del recurso ictícola del Río Castaño, y siendo el propósito tuitivo de la norma que ese control sea desempeñado por personal idóneo en la materia, no corresponde que lo realice cualquier agente de la Administración Provincial.-----

--- Reseñados así los antecedentes del caso y entrando al examen de la admisión formal, anticipo que en mi opinión el recurso deducido debe ser desestimado en esta etapa.-----

--- El recurso de casación traído resulta formalmente inadmisibile por cuanto la invocada errónea interpretación de las normas que la recurrente señala, no han influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia contra la pretensión del recurrente. Ello es así por cuanto, al margen de las consideraciones que se exponen en el fallo relativas al control de la riqueza

ictícola por el Estado y a la veda de la pesca de salmónidos, lo cierto es que el fundamento del rechazo del amparo reside en la consideración según la cual en el caso no concurre el requisito de la inexistencia de otro remedio legal apto para la tutela del derecho. Más aún, a renglón seguido de tal consideración, expresamente se meritó que *“La actora en el caso tenía a su disposición la vía administrativa recursiva, donde incluso podía solicitar la suspensión del acto que consideraba lesivo (ley 3.738 art. 12) y eventualmente la vía judicial específica del juicio contencioso administrativo (art. 759 C.P.C.)”* Ese es el fundamento medular del fallo y no la interpretación que el a quo hace de las disposiciones a que se alude en el recurso de casación. Por ende, corresponde la desestimación formal de este recurso atento lo dispuesto en el art. 15 último párrafo de la ley 2.275.----

--- Por otra parte la solución adoptada por el a quo es la correcta en función de las constancias de la causa y precedentes de este Tribunal, circunstancia ésta que en todo caso tornaría al recurso en manifiestamente improcedente y por ende desestimable en esta etapa por razones de economía procesal (art. 5º segundo párrafo ley 2275, t.o. ley 6.846).-----

--- En efecto, tiene dicho esta Corte de Justicia que aún luego de la vigencia del art. 43 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994, la procedencia del amparo está condicionado a la inexistencia de otras vías establecidas por la propia ley ritual u otras leyes aptas para proteger los derechos que se dicen conculcados (P.R.E. S. 2ª 1995-II-55).-----

--- También tiene dicho el Tribunal que cuando el art. 43 de la Constitución Nacional condiciona la procedencia del amparo a la inexistencia de “otro medio judicial más idóneo” no ha hecho sino consagrar a nivel constitucional, como presupuesto de admisibilidad del amparo, aquello que ya existía como tal en las normas locales (en nuestro caso el art. 582 del C.P.C.) y también en

la doctrina y jurisprudencia: que es condición de viabilidad de la acción de amparo que el interesado acredite que no tiene opción por otras vías procesales más adecuadas, apropiadas, aptas para lograr la restitución del derecho constitucional menoscabado (P.R.E. S. 2ª 1996-I-27).-----

--- El temperamento aludido en el párrafo precedente, es también el imperante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re “Entre Ríos, Provincia de y otro c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía s/ acción de amparo”, del 11 de julio de 2000).-----

--- Partiendo de las consideraciones precedentes, y siendo la cuestión que motiva el amparo de naturaleza administrativa, la acción de amparo debió haber sido rechazada, en tanto la amparista tiene a su disposición la vía administrativa e incluso, de ser necesario, la instancia revisora judicial del juicio contencioso administrativo, que para el caso, sería el medio judicial más idóneo cuando se trata de controlar la legitimidad de un acto administrativo. En este aspecto no resultan admisibles los argumentos esgrimidos por la amparista en orden a la ineficacia de otras vías procesales para atacar el acto administrativo impugnado y evitar los riesgos de daños inminentes. Al respecto, cabe señalar que así como la actora tenía a su disposición la vía administrativa, así también tenía disponible la cautelar que autoriza el art. 12 de la ley 3.784, y si habiendo tenido la amparista a su disposición tales vías no las utilizó, resulta razonable el fundamento que exhibe el pronunciamiento del a quo (P.R.E. S.2ª 1995-I-192; idem 1995-II-55).-----

--- A mayor abundamiento, cabe recordar que en la causa que se registra en P.R.E. S.1ª. 2001-II-256 esta Corte dejó sentado que en cuestiones de índole administrativa, en principio, sólo la denegatoria –expresa o implícita- ante un pedido de suspensión de la ejecución del acto, puede tornar viable una acción de amparo, y en este caso limitado en su objeto a obtener la suspensión hasta

que recayere resolución administrativa sobre el fondo, pero no más que eso. Vale decir que no se puede pretender por vía de amparo lisa y llanamente el control de legitimidad del acto administrativo, cuestión esta que excede el marco de conocimiento que le es propio.--

--- Por lo que llevo dicho he de propiciar con mi voto la desestimación formal del recurso deducido.-----

--- LOS SEÑORES MINISTROS DRES. JUAN CARLOS CABALLERO VIDAL Y ADOLFO CABALLERO, DIJERON:-----

--- Por sus fundamentos, nos adherimos al voto emitido precedentemente.----

--- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I) Desestimar formalmente el recurso de casación.- II) Devolver al recurrente las copias para traslado acompañadas. III) Protocolícese, notifíquese y oportunamente archívense.- Fdo. Dres.: José Abel Soria Vega, Juan Carlos Caballero Vidal, Adolfo Caballero. Ante mí: Jorge Daniel de Oro, Secretario Letrado.-

NIL

Df-3104

P.R.E. S.2ª.- 2003-III-523.-

