

NEUQUEN, 19 de Octubre del año 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**J. I. C/ I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO**" (**JNQFA3 EXP 100827/2023**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 97/101vta. la *A-quo* hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al ISSN que de manera inmediata reintegre al Sr. J. M. S. el carácter de carga indirecta de afiliado obligatorio titular de J. I. en la categoría que ostentaba en esa obra social hasta la baja dispuesta en fecha 4-5-2022, como hijo con discapacidad, sin costo. Las costas las impuso al demandado perdidoso.

A fs. 102/110 apeló el ISSN y expresó agravios.

En primer lugar alega ausencia de requisitos, lesión al de derecho de defensa, debido proceso y propiedad de la obra social. Señala que la acción de amparo es un remedio de excepción y excluye aquellas cuestiones en las que no surge con nitidez la arbitrariedad o ilegalidad. Afirma, que no se han cumplido los requisitos para esta acción porque el Sr. J. M. S., DNI ..., al momento de la baja registraba una pensión no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social, por lo que no cumplía con los requisitos establecidos por el Régimen de Afiliados. Agrega, que ello fue informado a la parte actora, conforme luce acreditado de la documental que se acompañó al momento de contestar la demanda, y que no fue considerada por la sentenciante.

Manifiesta, que el Sr. S. actualmente y desde el día 28/06/2022 se encuentra incorporado "Activo y de Alta" como Titular adherente autónomo tradicional en el padrón de afiliados.

Agrega, que la actora no puede desconocer las condiciones establecidas en el Régimen de Afiliación y los motivos de la baja que oportunamente se produjeron al registrar el Sr. S. una pensión no contributiva, otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social, atento que dicha normativa se encuentra publicada en el Boletín oficial y es de acceso libre a todos los afiliados y afiliadas.

Sostiene, que no existe acto lesivo o arbitrario y que la jueza omite aplicar lo establecido en la ley y el régimen afiliatorio del ISSN.

Manifiesta, que de los expedientes administrativos y el informe del departamento de afiliados del ISSN, surge que en ningún momento obró con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, en tanto se dio tratamiento a la solicitud de la actora y se le informó de los motivos de la baja, contando en todo momento con cobertura asistencial de esa parte.

Afirma, que con fecha 04/05/2022 se dió de baja como carga familiar atento el vencimiento de presentación del "*Certificado de Negatividad de ANSES*" que tiene una renovación anual al 30/04 de cada año. Agregá, que no obstante fue dado de alta como titular adherente autónomo abonando una cuota asistencial mensual sin carencia y respetando su antigüedad afiliatoria. Expresa, que la sentenciante se equivoca al manifestar que se ha dejado sin obra social a una persona con discapacidad, porque lo cierto es que el Sr. S. nunca estuvo sin obra social, debido a que al percibir un beneficio no graciable a nivel nacional, el mismo posee obra social PAMI. Reitera, que no se hallaba cumplimentado el requisito establecido en el Régimen de Afiliados, específicamente la Resolución del Consejo de Administración 897/12, Artículo 20, Punto 4 inc. F, el cual exige la presentación de certificación negativa de ANSES.

Alega, que atento que fue dado de alta como titular adherente autónomo, no se vulneró el derecho a la salud del Sr. S. Tampoco que el ISSN accionó de manera discriminatoria, cuando

la Obra Social le otorgó las coberturas y prestaciones que se encontraban dentro de su competencia, conforme la normativa vigente.

Dice que atento la cobertura otorgada, se diluye el presupuesto de la actualidad de la supuesta conducta lesiva, como especial protección que otorga la acción. Manifiesta, que debe considerarse que conforme la ley 1981 el transcurso de tiempo para acreditar el acto arbitrario es de 20 días, y en consecuencia, considerando que desde la baja hasta la nueva alta de afiliación del Sr. S. transcurrieron más de seis meses, la *Aquo* no dijo nada al respecto.

Luego, en relación a las costas, dice que es palmaria la falta de fundamentos por los cuales la sentenciante se las impone a su parte. Peticiona que se impongan a la actora.

Finalmente, solicita que se revoque la sentencia y se impongan las costas del proceso a cargo de la parte actora.

A fs. 117/120 la contraria respondió los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe señalar en primer lugar, que no se encuentra discutido en autos que el actor posee síndrome de Down, y que conforme el expediente N° 42595/2009, el estado actual de salud y diagnóstico de J. M. S. le impiden desarrollar actividades remunerativas. Además, que tal condición le permitió acceder a una pensión contributiva y que a raíz de ello se le dio de baja como hijo con discapacidad a cargo de su madre en la obra social.

1. En primer lugar, corresponde señalar que en la sentencia la Sra. jueza, entre otras cuestiones, consideró que dicha pensión integra el sistema de seguridad social a cargo del estado y que como tal le corresponde sin consecuencia alguna que pueda considerarse directa, negativa, válida ni legítima. Además, dijo que constituye el único ingreso del Sr. S. atento la patología que padece. Y sostuvo que el goce de la pensión no

contributiva y el reintegro de la condición de afiliado que tenía J. M. antes de la baja, están dirigidas a satisfacer necesidades diferentes, y por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales, no son excluyentes ni justifican la baja efectuada por el ISSN (fs. 99vta.). La crítica de la recurrente resulta insuficiente en tanto no considera ni por ende rebate esos fundamentos en que se asienta la decisión recurrida (art. 265 del CPCyC).

Por otra parte, se comparte lo expuesto por la Sra. Defensora Pública Civil, a fs. 92/93, en cuanto señala que *"en primer lugar es preciso distinguir que la Pensión Nacional No Contributiva, implica un beneficio nacional - el cual se traduce en una suma de dinero que apenas contribuye a cubrir las necesidades esenciales de una persona con discapacidad - otorgado a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad social, tramitada y otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, a través de la Comisión Nacional de Pensiones. Dicha Pensión otorga un plan federal denominado Incluir Salud- ex PROFE- (debiendo remarcar que no es una obra social) otorgando beneficios mediante convenios directos con prestadores, sin ofrecer las prestaciones integrales y de las características requeridas por J. M."*.

Además, el Ministerio Público Fiscal en el mismo sentido sostuvo que, *"Tenemos que, por percibir una pensión no contributiva, no puede considerarse que J. M. esté a cargo de su madre, y que por lo tanto le corresponde la desafiliación, lo que resulta insostenible, pues su incapacidad laborativa es superior al 76% (de lo contrario, no tendría derecho a la pensión), requiere de un acompañante y, además, sólo percibe una suma sensiblemente inferior a la prevista para como mínimo vital y móvil"*, (fs. 90vta.).

También, es necesario agregar que, conforme surge de fs. 28, la ANSES emitió una certificación negativa que señala que el Sr. S. no registra declaraciones juradas como trabajador



en actividad, liquidaciones de asignaciones familiares, declaraciones juradas de provincia no adherida al SIPA, transferencia como autónomo o monotributista, trabajador de casas particulares, prestación por desempleo, plan social, ingreso familiar o programa de empleo, prestación previsional, prestación previsional de provincia no adherida al SIPA, iniciación de prestación previsional nacional, asignación familiar jubilados y pensionados, liquidación de asignación universal por hijo, liquidaciones PROG.R.ES.AR, ni se encuentra informado por el Ministerio de Desarrollo Social como monotributista social.

Y que no se encuentra controvertido que el Sr. J. M. S. no puede desarrollar actividades remunerativas por lo que lo razonable era que la obra social siguiera considerando que era desocupado.

Además, específicamente señala la certificación que "No registra obra social dentro del período consultado", esto es desde el 09/2022 y hasta el 11/2022. Es decir, que no poseía obra social propia, tal como alega el recurrente a fs. 107.

Asimismo, corresponde señalar que se procedió a la baja del Sr. J. M. S. en el carácter de carga indirecta de afiliado obligatorio de la titular I. J., sin notificación y luego al alta en una categoría arancelada sin constancia de adhesión por parte de la actora (las notificaciones a las que refiere la recurrente son posteriores y debidas al reclamo de la afiliada), todo lo cual hace a la arbitrariedad manifiesta invocada por la amparista y que consideró la *A-quo* y de la cual omitió referirse la demandada, limitándose a decir que el Sr. J. M. S. contó en todo momento con cobertura asistencial de esa parte (art. 265 del CPCyC).

Asimismo, si bien la recurrente se refiere a lo dispuesto por la ley 611 y la Resolución del Consejo de Administración de la demandada, no efectúa análisis alguno en cuanto a lo señalado por la *A-quo* respecto a que "la decisión se



enmarca en la garantía de la debida protección de los derechos de J. M. a la salud" y "el acceso a los beneficios sociales, y está encaminada a concretar el mayor y más elevado goce de sus derechos removiendo las barreras burocráticas que lo entorpecen o impiden", (fs. 100).

En ese sentido, esta Sala sostuvo que, "En efecto, tal como lo indica Kemelmajer de Carlucci: "...la CS 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 Constitución Nacional en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano"; "Si la Constitución de una provincia –en el caso art. 48 de la Constitución de Jujuy– garante el derecho a la salud, la protección no constituye una mera enunciación programática, sino que pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado Nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que estas no pudieran ser provistas".

"En el mismo sentido, en 1993, siendo jueza de la sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, dije: "El derecho a la salud no es un derecho abstracto, teórico, sino que exige el análisis directo de qué problemas emergen de la realidad social para individualizarlos y subsumirlos en la perspectiva social", ("ONGARO JORGE EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ACCION DE AMPARO", Expte. N° 100540/2020).

Además, se comparte lo expuesto por el Ministerio Público Fiscal en cuanto señala que: "Por otra parte, la normativa que invoca la demandada para proceder a la baja de J. M. en la categoría "Hijo con discapacidad" quien hoy cuenta con



48 años de edad, lo ubica en la posición de tener que elegir entre un beneficio u otro, es decir, renunciar a la pensión para ser reincorporado al ISSN, donde es afiliado desde su nacimiento, implicando ello una "regresión" dentro de todo el sistema de protección de los derechos de las personas con discapacidad, hecho que se opone a la normativa contenida en la Constitución Nacional, la que en su art. 75 inc. 23 habla de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de las personas con discapacidad".

"Se advierte que la pensión que se le ha acordado a J. M. ayuda a atender sus necesidades y así arribar a una mejor calidad de vida en razón de su patología, pero por otra parte le produce la baja en su afiliación como "hijo con discapacidad", haciéndolo retroceder en los beneficios alcanzados, para hacerlo optar entre ese o que se le restituya otro. Repárese que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su art. 26 consagra el desarrollo progresivo de los derechos humanos para lograr su plena efectividad", (fs. 88/90).

Luego, la recurrente se queja porque considera que el amparo no fue interpuesto tempestivamente pero tal cuestión no fue oportunamente propuesta a la jueza de grado, lo que impide su análisis en esta instancia (art. 277 del CPCyC).

A partir de lo expuesto corresponde desestimar las quejas de la demandada por la procedencia de la acción.

2. Luego, en cuanto al agravio por la imposición de costas, corresponde su desestimación porque la amparista se vio obligada a acudir a la vía judicial en procura de la impostergable tutela al derecho a la salud del Sr. S., por lo cual no encuentro razones suficientes que conduzcan a apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCyC).



III. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 102/110 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 97/101vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, (art. 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero al voto de mi colega.

Sólo a mayor abundamiento he de destacar que, de lo actuado en sede administrativa, resulta que la baja obedeció a la constatación de que, J. M. S., cobraba una pensión graciable, «accediendo de este modo a la cobertura de salud que...» ANSES le brinda (hoja 34).

Al respecto son trasladables las consideraciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia en autos "P. DE C. M. c/ INSTITUTO DE SEGUROS DE JUJUY Y ESTADO PROVINCIAL Y OTRO S/QUEJA" (Fallos: 335:168), donde destacó que *«la afiliación al Programa Federal de Salud no tenía carácter obligatorio sino que era optativo para el discapacitado que ya estaba cubierto por la obra social de su madre. Dicha opción no fue ejercida en virtud de que suponía un cambio en la institución psiquiátrica que lo amparaba desde hacía varios años y su traspaso a otra que no tenía -a su entender- las condiciones necesarias para atenderlo (fs. 40 del recurso directo)»*.

Agregando luego que *«No cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a órganos ajenos a su cobertura de salud, máxime cuando el traslado fuera de la órbita en que recibe su asistencia médica habitual, representa un dispendio de fondos y recursos humanos que sustrae posibilidades de tratamiento a otros enfermos que lo necesitan dentro del sistema general de salud pública»*.

MI VOTO.

Por lo expuesto, esta **Sala I**



RESUELVE :

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 102/110 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 97/101vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida y regular a los letrados intervinientes en esta Alzada el 30% de la suma que corresponda por su labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA- Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dra. Estefanía MARTIARENA SECRETARIA