

Causa Nº 1-56338-2011 -

"FREITAS, MIRTA ESTHER C/ ORGANIZACION DE SERVICIO DIRECTOS  
EMPRESARIOS (OSDE) S/ REPETICION"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - TANDIL

Nº Reg. ....

Nº Folio ....

En la Ciudad de Azul, a los 13 días del mes de Julio de 2012 reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"FREITAS, MIRTA ESTHER C/ ORGANIZACION DE SERVICIO DIRECTOS EMPRESARIOS (OSDE) S/ REPETICION "**, (Causa Nº 1-56338-2011), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI-BAGU**  
.-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

**-C U E S T I O N E S-**

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 274/282?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTION:** la Señora Juez Doctora **COMPARATO**

dijo:

**I.a)** La presente acción de repetición fue interpuesta por la **Señora Mirta Esther Freitas**, contra la **organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E)**, por la suma de **Pesos treinta y seis mil (\$ 36.000.-)**, más intereses, costos y costas, por el reintegro del valor abonado por una prótesis auditiva, marca Baha.

Reseña en su escrito de inicio (fs. 60/73vta.) que en el año 1985 comenzó con un problema auditivo, por el cual le diagnosticaron **Otoesclerosis en oído derecho**, cuya única solución sería un trasplante del hueso estribo por una prótesis de teflón, practicándose esa cirugía en el Instituto Araoz.

Que, en al año 1999 comenzó con trastornos en su oído izquierdo, con el mismo diagnóstico y cirugía realizada en el Instituto Superior de Otorrinolaringología siendo atendida por el Dr. Diamante.

Refiere que en el año 2005 se le vuelven a presentar trastornos en el oído derecho, ya operado. De los estudios realizados se concluyó que la prótesis de teflón ya colocada se había salido de lugar provocando pérdida total de la audición. Después de distintas evaluaciones se determina que debería colocarse una prótesis con sistema Baha.

Ante esta circunstancia, manifiesta la actora, concurrió a OSDE a los efectos de realizar los trámites correspondientes para dicha prestación, recibiendo como respuesta de una empleada que no corría por esa Obra Social.

La demandante señala haberse sentido estafada por la prepaga, respecto de lo que le ofrecieron cuando se asoció, y lo que verdaderamente cubre la misma.

Al respecto, el 5 de enero de 2007, comenzó con un intercambio epistolar, por el cual efectiviza el reclamo a OSDE, quien no accede al mismo por no encontrarse la cobertura de dicho sistema en la normativa vigente.

A continuación, analiza la contestación de la demandada y resalta los errores que a su juicio ha cometido.

Expresa que recibió una oferta telefónica, después de diez días de un subsidio por Pesos siete mil (\$ 7.000.-), al cual se negó rotundamente. Por todo lo manifestado en su escrito inicial, solicita se haga lugar en todas sus partes al reclamo, con más los intereses desde que la suma es debida y hasta su total y efectivo pago con costas a la demandada.

Ofrece prueba, funda en derecho y hace reserva del caso federal.

**b)** Luego de que el Sr. Juez de la instancia de origen, impusiera al trámite normas del proceso sumario a fs. 75, se presentó la demandada a contestar la acción a fs. 91/108vta, rechazando la misma íntegramente, con expresa imposición de costas.

Opone excepción de falta de acción, considerando que OSDE carece de legitimación pasiva para obrar de acuerdo a lo establecido en el art. 345 inc. 3º CPCC.

En forma subsidiaria procede a contestar la demanda negando por imperativo procesal todos los hechos alegados que no sean expresamente reconocidos.

Hace una detallada descripción de las características del sistema, del plan contratado y de los alcances y desenvolvimiento de la Obra social en cuestión, concluyendo que el sistema Baha, peticionado por la actora, no ha sido incorporado a las prestaciones.

Hace referencia a las actuaciones médicas considerando que todos los antecedentes adolecen de graves anomalías que impiden a la demandada efectuar un profundo análisis para valorar la real situación de la afiliada y buscar una solución acorde a sus requerimientos.

Luego de hacer mención sobre la posición de OSDE, solicita el rechazo de la acción intentada, en tanto no existe incumplimiento alguna por parte de la accionada en brindarle a la Sra. Freitas las prestaciones que por ser afiliada le corresponde.

Funda en derecho y ofrece prueba.

c)Luego de producida la prueba, certificada por el actuario a fs. 271, el Sr. Juez de grado a fs. 271/vta. hizo lugar a la demanda promovida por Mirta Esther Freitas contra Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E) y condenando a esta última a abonar a la actora la suma de \$ 36.720, con más sus intereses a liquidarse desde el efectivo pago de dicha suma ( 14/06/2007) y hasta su efectivo pago, conforme tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo sería diario con igual tasa. Impuso a su vez, costas a la demandada vencida, difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 de la ley 8904.

La sentencia es recurrida por la demandada a fs. 284, habiendo sido concedido en forma libre a fs. 285.

Una vez arribados los autos a este Tribunal, la recurrente expresó agravios a fs. 297/305vta., recibiendo respuesta de la contraparte a fs. 307/312.

La accionada apelante, se agravia en cuanto la sentencia dictada hace lugar a la demanda entablada y la condena a abonar a la afiliada la suma de \$ 36.720, valor que equivale al 100% del importe que la Sra. Freitas pagó por la compra de un implante Baha. Considera que esta condena resulta injustificada e ilegítima.

En principio precisa la naturaleza de la relación que une a las partes, esta es una relación contractual que se enmarca y delimita con el contrato de afiliación y las cartillas propias del plan adherido, donde se establecen minuciosamente las características del sistema, las coberturas específicas, las prestaciones incluidas, etc. Que, de acuerdo al plan de la actora dentro de las coberturas especiales se encuentran los aparatos indicados para ese tipo de tratamientos como los audífonos, cubierta mediante la modalidad de reintegro, hasta la suma de \$ 2.318, no estando el sistema de audífonos elegido por la actora contemplado en el Programa Médico Obligatorio.

Hace un racconto minucioso de las prestaciones y coberturas y pone en relieve que no es como asevera el sentenciante que el PMO es un piso y que por ello se pueda obligar a una Obra Social a brindar prestaciones no previstas. Refiere que la legislación tanto nacional como provincial imponen la cobertura del 100% a los discapacitados pero siempre remiten a las prácticas

incluidas en el P.M.O., el que también indica la obligatoriedad de la cobertura del 100% del valor de los audífonos que son los aparatos aptos para tratar la dolencia.

Recuerda también que se le ofrecieron a la actora \$ 7000 para solucionar la situación de la paciente (que no aceptó), y que se cubrieron íntegramente los costos de internación y honorarios de los médicos que llevaron a cabo la intervención.

Le agravia asimismo, la parte del fallo en la que considera que la demandada no ha desarrollado prueba tendiente a acreditar que la solución elegida por su afiliada resulta impropia para su cuadro médico, entendiendo que observando los términos de la contestación de demanda y la probatoria ofrecida y rendida en autos se demuestra que el reproche resulta totalmente infundado.

Considera desacertada también, la alusión efectuada respecto de la ley 25145 de Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia pues en una normativa tendiente a proteger a los recién nacidos y por los tanto no es aplicable al caso de autos.

Finalmente se agravia de la no alusión en la parte resolutive de la sentencia en crisis a la excepción de falta de acción opuesta al contestar la demanda.

**II)** Comenzaré por señalar que, la demandada de autos –OSDE- resulta ser una obra social y como tal comprendida en las leyes 23.660 y 23.661, se encuentra a su vez bajo supervisión de la ANSSAL, éste resulta ser un ente que el Congreso de la Nación crea destinado a cumplir finalidades de la política social o económica que el legislador federal está autorizado a trazar.- El art. 38 de la ley 23.661 expresamente prevé que la ANSSAL y los agentes del seguro

estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal. El adverbio "exclusivamente" no permite albergar dudas acerca de que tanto la ANSSAL cuanto sus agentes (arts. 6 y 14 de la ley 23.660) están sometidos legalmente -por regla general- a la competencia federal, admitiéndose como única excepción en la misma norma, la de optar por la justicia ordinaria cuando sean actores.- Al respecto la SCBA ha resuelto: "Tal como expresara en la causa "Ceraldi, Natalia Carmen y otros c/ Instituto Médico Agüero s/ Daños y perjuicios" (Ac. 83.821, sent. del 26-X-2005), al igual que en los precedentes allí citados, el art. 38 de la ley 23.661 expresa textualmente que "La ANSSAL y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actoras. El sometimiento de los agentes del seguro a la justicia ordinaria estará limitado a su actuación como sujetos de derecho en los términos dispuestos por la ley de obras sociales".

"La indicación de que ello acontece "exclusivamente" no permite albergar dudas acerca de que tanto la ANSSAL cuanto sus agentes (arts. 6 y 14 de la ley 23.660) están sometidos legalmente por regla general a la competencia federal, admitiéndose como única excepción en la misma norma, la de optar por la justicia ordinaria cuando son actoras".

"Considero por ello aplicable el antecedente citado, dado que es claro que la entidad demandada en autos Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación deviene una obra social de la Administración central del Estado nacional, que reviste el carácter de agente natural del Sistema Nacional del Seguro de Salud en los términos de los arts. 1 de la ley 23.661, 1 inc. "c", 6 y 14 de la ley 23.660, y que la misma ha asumido la calidad de accionada, entendiendo

además, que no se da en el caso un supuesto que permita actuar la excepción prevista en el art. 38 de la ley citada en primer término”.

“Al igual que se expresara en el precedente de referencia, la competencia federal en este ámbito ha sido reconocida desde hace años por la Corte Suprema de la Nación in re "Talarico" ("Fallos", 315:2292, sent. del 6.X.1992), y ha sido reiteradamente ratificada por el Máximo Tribunal, no sólo en casos en los que la materia en juego involucraba un contenido federal (v. dictamen del Procurador General, al que remitiera la C.S.J.N., in re "Longueira, Jorge F. s/amparo", sent. del 10.X.2000), sino también en los que la pretensión encontrara sustento en normativa común (v. "Fallos", 320:1328, "Brorghi c/I.S.B.B. s/Despido"; en el mismo sentido, v. dictamen del Procurador General adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Toledo c/Obra Social de Conductores de Camiones Neuquén", sent. del 13.03.2001)”.

“Por tales razones, declárese que la presente causa es ajena a la competencia de la justicia provincial, siendo propia de la jurisdicción federal (arts. 1 inc. "c", ley 23.660 y 38 ley 23.661)” (SCBA Ac. 94.405 "C., G. R. c/ Unión Personal. Medida cautelar autosatisfactiva de protección de persona" del 8 de Marzo de 2006; C 94490 del 2-9-2009 “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina s/ Apremio.”).

De lo expuesto no caben dudas respecto de la competencia de la justicia federal en la presente cuestión, ahora bien, en el caso de autos se presenta una peculiar circunstancia que conlleva a que la causa continúe radicada en el ámbito de la justicia provincial, al resultar aplicable la doctrina de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que “en las causas en las que ha recaído un acto jurisdiccional –ya sea que se encuentre firme o no, o que dé por terminado el proceso por alguna de las formas de extinción previstas en la ley- deben continuar su trámite hasta su culminación ante el fuero que lo dictó”.- Sostuvo el máximo tribunal además, que “la justicia provincial debe seguir interviniendo, toda vez que el límite de transferencia de expedientes entre jurisdicciones está dado por el principio de radicación, el cual se configura con el dictado de lo que se ha denominado actos típicamente jurisdiccionales...” (CSJN “Competencia n° 866.XLII. Alvarez Oscar y Sabre Simón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 13-03-07, donde el tribunal hizo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, ésta Cámara Sala II causa n° 51.423 “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Layus...” del 16/03/2010).-

III) Superada la cuestión relativa a la competencia, es menester tratar los agravios de la demandada recurrente.- En primer lugar es dable señalar que, conforme lo resuelto y no cuestionado, la actora resulta afiliada a OSDE – demandada de autos-, que mediante una intervención quirúrgica le fue colocado un dispositivo implantable para estimulación por vía ósea BAHA, dicho implante es por el que hoy reclama su reintegro y que, por la patología que sufre se ha expedido certificado de discapacidad (fs.13).-

En síntesis la demandada aduce que la naturaleza de la relación que une a las partes es contractual (cita causa n° 46.491 de ésta Sala), de modo tal que ha de estarse a los términos del contrato.- Que, conforme al plan adherido por la actora para su tipo de patología se reconoce por reintegro la suma de \$ 2.318 (a la fecha en que se realizó el implante) para la adquisición de un audífono

que es la forma de tratar la patología de la actora.- Que a su vez el sistema BAHA no se encuentra incluido dentro del PMO y que no resulta aplicable la ley 25.145 citada en la sentencia en crisis toda vez que la misma protege a los recién nacidos.-

En otro orden refiere que se omitió en la parte resolutive imponer las costas a la actora por la defensa tratada en el considerando 2.- Tal como muy bien lo advirtiera el Sr. Juez de la Instancia de origen, mas allá de la naturaleza contractual señalada por la demandada, en virtud de la importantísima función que cumplen las obras sociales como así también los sistemas de medicina pre-paga, el estado ha impuesto una reglamentación especial y que no puede ser vulnerada so pretexto de reglarse por el contrato de adhesión firmado por el afiliado.- El Derecho a la Salud se encuentra garantizado por nuestra Constitución Nacional a través de la incorporación a su texto de los Pactos Internacionales, con rango suprallegal, por lo tanto, constituye un derecho social y exigible, y tiene como vía de reclamación por excelencia a la Justicia. Esto quiere decir que es posible exigir este derecho aún ante la falta de reglamentación o deficiencia.

La SCBA en causa C 101912 "Soria, María Marta..." del 30-3-2010, señala que la ley 23.661, creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud "con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica" (art. 1º). "El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación

de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva" (art. 2º). A partir de la constitución del sistema, se promueve "la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios, donde ello fuere posible" (art. 23º). Se dispone también que las prestaciones de salud "... deberán asegurar a sus beneficiarios servicios accesibles, suficientes y oportunos" (art. 27º).

La Obra Social hoy demandada reviste la calidad de agente natural del Sistema (art. 1º ley 23.660 y 3º Ley 23.661).

En referencia a las precisas funciones y determinados objetivos de las obras sociales, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que "la función específica y la obligación primordial de la obra social demandada consiste en la prestación médica integral y óptima. Para eso cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente aquel servicio, y en ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, así como de todo el personal afectado, e igualmente, la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico en cuestión. Estos aspectos deben considerarse con sentido dinámico, esto es, en su compleja interacción enderezada a resguardar la vida y la salud de los afiliados prestatarios del servicio" (ver Fallos 306:178).

Por otra parte, expuso también el Máximo Tribunal que "... en la actividad de las obras sociales ... ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 de la Constitución nacional confiere un

carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participan en la atención brindada en las aludidas mutuales" (considerando 3º, fallo citado; reiterado en Fallos 308:344).

El beneficio de gozar de un elevado nivel de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano de acuerdo a lo establecido en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, no identificándose solamente la salud con la ausencia de enfermedad, sino que fundamentalmente atiende a un estado completo del bienestar dentro del cual intervienen factores económicos, culturales, sociales y no exclusivamente sanitarios... El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente el de la preservación de la salud, no necesita de ningún tipo de justificación sino que, por el contrario, debe justificarse la restricción pública o privada que se haga de ellos (conf. Lovece, Graciela, "El derecho civil constitucional a la salud. Circunstancias del cumplimiento", Ed. LexisNexis, JA 2003-I-493 ).

A través de diversos fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia se ha ido afianzando el criterio conforme el cual se impone un deber de garantía respecto de los derechos esenciales, particularmente, el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida. A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Ley Suprema [LA 1995-A-26]), se reafirmó este criterio y se 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 jurisdiccionales locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 y causa A.186 XXXIV, "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986, del 1/6/2000).

El mismo tribunal cuando en circunstancias en que se halla en juego el derecho a la vida y a la salud, como estado de preservación de aquélla, ha dicho que constituye "el primer derecho de la persona humana, reconocido y garantizado por la Constitución Nacional" (Fallos 310:112).

De conformidad con lo prescripto por los arts. 1 y 2 de la ley 23661, las obras sociales se considerarán agentes del seguro de salud, cuyo objeto es procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Y, de conformidad con el art. 28 ley 23661, los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL. establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente (PMO).

Ahora bien, tratándose en el caso de prestaciones para quien padece una discapacidad, resultan de aplicación, además, las previsiones que al respecto se encuentran contenidas en las leyes 24091 y 24754, como así también en la ley 26.378 que aprueba la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (conf. S.C.B.A., C. 116.382 del 21/12/2011).-

No está demás decir que no ha controvertido la demandada la discapacidad de la actora y no advierto una crítica razonada en cuanto a los fundamentos dados por el Sr. Juez de la instancia de origen en cuanto a los

alcances y obligaciones que las leyes de discapacidad imponen a las obras sociales o sistemas de medicina prepagas.- La sola alusión que no sería aplicable la ley 25.145 no alcanza para fundar el recurso, desde que no solo la mencionada ley es la citada y sobre la que se funda el fallo cuestionado.-

Así el art. 1 ley 24091 instituye el sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

El art. 9 dice: entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el art. 2 ley 22431, 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.

Y el art. 10 continúa: a los efectos de la presente ley, la discapacidad deberá acreditarse conforme a lo establecido por el art. 3 ley 22431 y por leyes provinciales análogas; "extremo que en el caso se encuentra cumplido con el certificado cuya copia obra agregada a fs. 13".

Asimismo la resolución 201/2002 (B.O. del 19/4/2002) y sus modificatorias, en su anexo I, luego de establecer que el programa médico obligatorio de emergencia (PMOE.) que regula, se refiere al conjunto de prestaciones esenciales que deben garantizar los agentes de salud a sus beneficiarios y su obligatoriedad para los agentes del seguro de salud (quienes no son meramente financiados del sistema, sino y sobre todo, responsables de la cobertura de salud de la población beneficiaria), reproduce los términos de la

resolución 247 del Ministerio de Salud y Acción Social que pone en funcionamiento el programa médico obligatorio.

En el anexo I, pto. 8.3.3, se asegura "la cobertura del 100% en prótesis e implantes de colocación interna permanente y del 50% en ortesis y prótesis externas...".

La Corte Suprema ha declarado que "...la ley 22431, instituyó un sistema de protección integral de personas discapacitadas tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a la situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con sus derechos, así como respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado". Y asimismo, que "...el objetivo de la ley 22431, se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encuentran discapacitados, franquicias y estímulos que les permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca, a la vez que otorga oportunidades para que puedan desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales (Fallos 313:579)".

A mayor abundamiento y si en su caso se considerara a la demandada como un sistema de medicina prepaga, la ley 24754 (B.O. del 2/1/1997), en el art. 1 establece que, a partir del plazo de noventa días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades privadas que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial, las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23660 y 23661 y sus respectivas reglamentaciones, habiéndose sostenido que la norma mencionada es imperativa y, en consecuencia, de orden público, categorización que, como tal, es

aplicable a ambas partes, empresa y asociado (C. Nac. Civ., sala C, R. 227249, del 14/10/1997; íd., R. 308242, del 12/12/2000, B, R. 373868 del 3/7/2003).

Y es que si bien los arts. 2 y 3 de la ley 24901 no nos dejan lugar a dudas sobre que las obras sociales son las principales obligadas en los términos de dicha norma, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la constitucionalidad de la ley 24754 in re "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), s/amparo", recurso de hecho H.90 XXXIV, sent. del 13/3/2001, con dictamen del Dr. Nicolás Becerra del 29/2/2000 (ver además, "La declaración de constitucionalidad de la ley 24754 en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", suplemento especial de jurisprudencia de la Corte Suprema, JA 2001-III-380).

Cabe aclarar que de acuerdo al documento elaborado por Naciones Unidas acerca de las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades de 1993, la actual política en materia de discapacidad es el resultado de la evolución registrada a lo largo de los 200 últimos años que en muchos aspectos refleja las condiciones generales de vida y las políticas sociales y económicas seguidas en épocas diferentes. Se señala en el instrumento mencionado que hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la padecen: la ignorancia, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo (Albanese, Susana, "Las personas con discapacidad", Ed. LexisNexis, JA 2002-II-1386 ).

A la luz de la normativa expuesta, resulta claro que la demandada debe procurar a la actora la cobertura del 100% de la prótesis en ciernes; es dable

señalar asimismo que se presenta como la mejor solución a su patología.- El Dr. Diamante –quien resulta un reconocido profesional en la materia- (conf. Fs. 26), claramente indica *“.....presenta hipoacusia perceptiva profunda en O:D y moderada en O:I. Después de probarse diferentes tipos de prótesis se concluye que el mejor resultado lo obtiene con el equipo BAHA Divino en O:I por lo cual se lo indica para ser implantada con dicho procesador”*, ello fue a su vez reconocido en la pericia practicada a fs. 250/251 por el Dr. Emiliano Yanacone que concluyó que: *“....de acuerdo con el examen de la especialidad, las pruebas funcionales audiológicas y las constancias obrantes en autos, la actora presenta hipoacusia mixta bilateral asimétrica, moderada en oído izquierdo y severa en oído derecho con afectación de toda la escala tonal en su oído derecho....”* Asimismo dijo: *“....El sistema BAHA Divino es un procesador de sonido acoplado a un implante de titanio en el hueso craneal(audífono semiimplantado) lo que permite una estimulación de la coclea por vía ósea sorteando de esta manera cualquier daño en su oído medio y externo...”* e informando que *“...existen otros tipos de audífonos implantables de oído medio que son costosos e involucran una cirugía otológica mayor....”*, refiriendo también que: *“...los audífonos convencionales...otorgan una pobre ganancia auditiva por lo cual no resultan útiles...”*.- Frente a tales afirmaciones la demandada no ha demostrado que, con la colocación del audífono ofrecido (o su valor), la actora hubiera logrado una mejor solución a su patología.-

En tal sentido se ha resuelto: *“En efecto, no resulta suficiente la sola afirmación formulada por la letrada apoderada de la recurrente relativa a la prótesis que su parte provee es adecuada para la patología de la afiliada puesto*

*que, carece por completo de sustento probatorio, lo que la torna inconducente frente a las concretas prescripciones médicas obrantes en autos(cfr. Esta Sala doctr. Causas 2111/06 del 29-6-06, 5295/07 del 3-7-07 y 2878/10 del 27-5-10". (Conf. CNCiv. Y Comfed, Sala I, Causa N° 3177/2010, "R; M.B c/ Instituto Nac. De Serv. Soc. para Jubilados y pensionados s/ amparo", del 14/10/2010, pub. elDial.com); ".....cabe recordar que la ley 24.901 –aplicable a la especie en virtud del certificado de discapacidad obrante a fs. 5- instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos(art. 1). En lo concerniente a las obras sociales, dispone que tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las presentaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2), ...LA amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24901 resultada ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad...En tal sentido, se debe traer a colación que el PMO instituido por la Resolución 1991/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente establece una cobertura del 100% en implantes y colocación interna permanente(cfr. Anexo I, ap. 8.8.3)....En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa", (conf. Corte Suprema, causa C. 2348. XXXII, cit). ..."* (conf. CNCiv y COMFed- Sala I-, Causa N° 98/2011, "G. A.M. c/ Instituto Nac. De Serv. Soc. para Jubilados y pensionados s/ amparo", del 19/04/2012, pub. elDial.com).

Asimismo se ha dicho: *“...Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo entablada para obtener de la obra social demandada la provisión de un procesador BAHA (Bone-Anchored-Hearing Aid, en español audífono anclado al hueso) con vincha elástica soft band a favor de la nieta de la amparista-quien padece hipoacusia sensorial bilateral-; pues la negativa por parte de la demandada es injustificada y su conducta puede generar un perjuicio a la menor. Es injustificada la negativa por parte de la obra social demandada a proveer la cobertura del dispositivo BAHA con banda suave, ya que ésta-que basa su negativa exclusivamente en el hecho de que el equipo BAHA no está incluido en el Programa Médico Obligatorio- no se hace cargo de demostrar por qué no provee el dispositivo, ni donde radica la verdadera causa de la denegación, máxime si media un dictamen fundado (y no desvirtuado) del profesional que atiene a la menor discapacitada desde su nacimiento e los términos de la ley 24091”* (conf. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “B.O.A(en representación de su hija M.F.M y de su nieta P.L.M. c/ OSECAC s/ amparo-medida cautelar”, del 24/8/2011).-

De modo tal que, conforme la legislación y jurisprudencia citada, es que estimo ha de desestimarse el agravio en el presente acápite tratado.-

IV) El restante agravio se refiere como antes señalara a la omisión en la parte resolutive de la sentencia de grado en cuanto a la imposición de costas dispuesta en el apartado 2 in fine del Considerando.- Esta Sala en causas n° 54832, “Orsatti...” 54841, “Orsatti...”, 54842, “Orsatti...”, todas del 28/04/2011 resolvió: “Si bien ello se encuentra dicho en los considerandos, no le quita efecto de cosa juzgada, “Los considerandos de las sentencias también están alcanzados

por la cosa juzgada, si ellos sirven para interpretar razonablemente la parte dispositiva. Precisando aún más el análisis, y sobre la base de consistir la sentencia una norma individual, se llega a la conclusión de que el límite procesal de la cosa juzgada debe determinarse con referencia al contenido de la norma creada por el juez, en cada caso concreto y en tanto su constitución sea requerida para la solución de las cuestiones planteadas, con prescindencia del lugar de pronunciamiento en el cual aparecen decididos.” (ésta Sala causa nº 34173 del 151-92 S 22-10-1992 “Champión, José Antonio c/ Colegio Médicos s/ Acción de amparo”, en el mismo sentido causa nº 51.611 “Banco Hipotecario...” del 16-04-08 y sus citas Palacio-Alvarado Velloso, “Código Procesal...”, Tº 4, pág. 407; causas nº 44.145, “Bailardo...”, del 07.08.02.; nº 46.664, “Andiarena...”, del 05.05.04. y nº 50.940, “Oresti...”, del 05.09.07., entre otras)), por lo que corresponde hacer lugar a lo peticionado e integrar en la parte resolutive de la sentencia en crisis la imposición de costas a la actora por la defensa de falta de acción interpuesta por la demandada, conforme se señalara en los considerandos.-

**Así lo voto**

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos:

**A LA SEGUNDA CUESTION:** la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:

1) Confirmar la sentencia dictada a fs. 274/282, desestimándose los agravios de la demandada; 2) Integrar en la parte resolutive de dicha sentencia la imposición de costas a la actora por la excepción de falta de acción; 3) Imponer las costas de

Alzada a la recurrente vencida (art. 68 cpcc).- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 8904).-

**Así lo voto.-**

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,**  
**adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos:**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

### **S E N T E N C I A –**

**POR LO EXPUESTO**, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE:**1) Confirmar la sentencia dictada a fs. 274/282, desestimándose los agravios de la demandada; 2) Integrar en la parte resolutive de dicha sentencia la imposición de costas a la actora por la excepción de falta de acción; 3) Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 cpcc).- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 ley 8904).- Notifíquese y regístrese.-

Ricardo César Bagú  
Juez  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi  
Juez  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato  
Juez  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Yamila Carrasco  
Secretaria  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-