



Salud

**Rechazo de una cobertura integral genérica pero no así del resto de las prestaciones específicas solicitadas**

**A. A. E. en representación de su madre E. L. c/ I.O.S.P.E.R. s/ Acción de amparo**

ACUERDO:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los doce días del mes de febrero de dos mil nueve, reunidos en el Salón de Acuerdos los Sres. Miembros de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente Dr. CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ y los Vocales Dres. DANIEL OMAR CARUBIA y CLAUDIA MONICA MIZAWAK, asistidos de la Secretaria autorizante fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "A. A. E. en representación de su madre E. L. c/ I.O.S.P.E.R. S/ ACCION DE AMPARO".-

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. CHIARA DIAZ, MIZAWAK y CARUBIA.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Existe nulidad?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué cabe resolver?

TERCERA CUESTIÓN: ¿Qué corresponde resolver respecto del recurso de apelación de honorarios articulado a fs. 84?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

Conforme a lo establecido en los arts. 16 y 31 de la Ley Nº 8369 de Procedimientos Constitucionales, el recurso de apelación interpuesto en un proceso de amparo, de ejecución y/o de prohibición conlleva el de nulidad y, en su virtud, el tribunal ad-quem deberá avocarse al examen de todo lo actuado con la finalidad de constatar, subsanar o, en su caso, eliminar los vicios



invalidantes que se verifiquen.- Las partes recurrentes no hicieron mérito de la presencia de ellos con interés de conseguir concretamente su nulificación en la presente instancia, en tanto el Ministerio Público Fiscal se expidió expresamente por su negativa (cfr. fs.104, punto 2º).- Finalmente, practicado por el Tribunal el examen ex-officio de lo actuado, no se verifica la presencia de irregularidades que por su entidad y magnitud revistan idoneidad suficiente para justificar una declaración nulificante en esta instancia y, en razón de ello, es menester brindar una respuesta negativa al planteo formulado en esta primera cuestión.- Así voto.-

A la misma cuestión propuesta la Sra. Vocal Dra. MIZAWAK expresa su adhesión al voto del Dr. CHIARA DIAZ.-

A su turno el Señor Vocal Dr. CARUBIA manifiesta que hace uso de la facultad de abstención que le confiere el art. 33º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

I.- Respecto de la impugnación de la sentencia dictada por el Sr. Juez de FERIA Dr. Miguel Angel Retamoso (fs. 81/2 vta.), que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la Dra. M. R. G., apoderada de la Sra. A. E. A., en representación de su madre E. L., contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (I.O.S.P.E.R), porque lo condenó a que: “provea a la actora, en el término de TRES (3) DIAS, una cobertura integral de las prestaciones solicitadas en el escrito inicial consistente en: Medicación, Rehabilitación Domiciliaria especializada, acompañante terapéutico de lunes a viernes por el termino de 12 horas, de 08:00 horas a 20:00 horas, estudios de control y diagnóstico, consultas médicas y elementos ortopédicos –todo para lo cual debe estar previa y debidamente diagnosticado por Medico especialista-. Asimismo se le deberá brindar servicio de enfermería de conformidad a las reales necesidades y aconsejado por el médico especialista en la dolencia de la Sra. L. “, se disconformaron la apoderada de la actora, por considerar bajos los honorarios que le fueron regulados y por causarle agravios la sentencia dictada (fs. 84 y 85), y el demandado mediante recurso de apelación de fs. 87 .-

II.- Previo a las consideraciones a efectuar sobre el planteamiento efectuado por la parte accionante, creo conveniente reseñar ab-initio, con el fin de otorgar a mi voto una mayor claridad



expositiva, ciertos hechos trascendentes por considerarlos relevantes para la solución a tomar, a saber:

II.1.- La Sra. A. E. A., por intermedio de su apoderada legal y en el carácter de hija de la Sra. E. L., quien está imposibilitada de hacerlo en virtud de la discapacidad que la aqueja, interpuso el 30/12/08 acción de amparo contra el IOSPER, con la finalidad que se ordene al mismo el cumplimiento integral (al 100%), oportuno, completo, continuo e ininterrumpido de las siguientes prestaciones: 1- MEDICACIÓN: Nimodipina, Omeprazol, Clopidogrel, Budisinida y formoterol (Symbicor Turbohaller), Citicolina (Reagin); Clonazepan (Ribotril), Elanapril, (Lotrial), Attansil, y Cabamacepina (Tegretol); 2- REHABILITACIÓN DOMICILIARIA ESPECIALIZADA EN NEUROREHABILITACIÓN Y DISCAPACIDAD: consistente en neurokinesiólogía a razón de cuatro (4) sesiones semanales; 3- ENFERMERIA DOMICILIARIA: todos los días durante 12 horas diarias; 4- CUIDADOS DOMICILIARIOS: todos los días durante las doce (12) horas restantes; 5- ESTUDIOS DE CONTROL Y DIAGNOSTICO; 6- TRANSPORTE EN AMBULANCIA Y/O TRANSPORTE PARTICULAR; 7- CONTROLES MEDICOS PERMANENTES Y FRECUENTES CON ESPECIALISTAS EN SUS PATOLOGÍAS Y EN SU DISCAPACIDAD MOTRIZ-VICERAL-NEUROLOGICA y 8- ELEMENTOS ORTOPÉDICOS: se requiere la provisión de andador y bastones entre otros posibles conforme evolución.-

Relató que la Sra. L. padece de “anormalidades en la marcha y de la movilidad”, “secuelas de enfermedad cerebrovascular, enfermedad cardíaca hipertensiva con insuficiencia cardíaca”, viéndose agravado el cuadro motriz por fractura de cadera (cfr. fs. 29.vta.), en razón de lo cual debe estar medicada permanentemente y en compañía de personas capacitadas, como es un enfermero profesional y un acompañante terapéutico durante las 24 hs. Del día.-

Acreditó la afiliación al IOSPER de la Sra. E. L. (fs. 04), la dolencia invocada y la necesidad de medicamentos (fs. 14, 15 y 17/21) y expresó que cursaron una nota solicitando las prestaciones que se demandan a la Obra Social atento a la imposibilidad económica de afrontar los gastos, la que no fue respondida .-

Fundó la acción en los derechos emergentes de la Constitución Provincial y en los arts. 17, 14 y 43 de la Constitución Nacional, 1º, sgts. Y concordantes de la ley 8369 y Leyes Nacionales Nos.



222431, 23660, 23661 y 24901. Acompañó prueba documental con la demanda y manifestó que hacía reserva del “caso federal”.-

II.2- A 96/103, contestó la demanda el IOSPER a través de sus apoderados, solicitando el rechazo de la acción deducida, con costas, por considerar que dicho organismo había cumplido con las obligaciones a su cargo, y que no existía ningún tipo de omisión.-

Sostuvo que conforme la documental aportada, ese Instituto había reconocido parte de la medicación y había reintegrado sumas en concepto de prestaciones tales como kinesiología (conf. fs. 98 vta.). Que la prestensión de la amparista era la cobertura de todo tipo de cuidados domiciliarios y de enfermeros a los fines que sean las personas que los prestan quienes acompañen y asistan diariamente, incumpliendo aquellos deberes de asistencia familiar que como hija le competen.-

Destacaron que el IOSPER creó una comisión de Discapacidad y ha reconocido algunas de las prestaciones solicitadas siempre en el marco de los convenios suscriptos con distintos colegios profesionales.-

III- Concedidos los recursos de apelación planteados (fs. 95), sólo la parte actora hizo uso del derecho acordado por el art. 16 de la Ley Nº 8369 de presentar memoriales en la Alzada bregando para que la sentencia dictada sea parcialmente revocada y se haga lugar a la totalidad de las pretensiones demandadas (cnfr. fs. 100).-

IV- A fs. 104/5vta. Se expidió la Señora Fiscal Adjunta del S.T.J., Dra. Susana Verzeñassi, analizando las posiciones de las partes, el derecho aplicable y la doctrina judicial vinculada y aplicable al planteamiento fondal, propiciando el rechazo de las apelaciones deducidas y la confirmación de la sentencia recurrida.-

V- Reseñados brevemente en los párrafos precedentes las posturas de las partes y de los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal frente al objeto litigioso, es posible ingresar al tratamiento del mismo, teniendo presente que el recurso de apelación en los procesos de amparo, de ejecución o de prohibición, otorga al Tribunal ad-quem la plena jurisdicción, colocándolo en la misma posición del juez a-quo (cfme.: S.T.J.E.R., Sala Penal, in rebus: “PITTAVINO”, L.A.S. 1987/88, fº 112;



“STURZ”, 30/6/89, L.A.S. 1989, fº 234; “PITTALUGA de MAGGIONI”, 9/11/89, L.A.S. 1989, fº 459; “MEDRANO”, 27/2/90, L.S. 1990, fº 12; “FARMACIA LIBERTAD” S.C.S.”, 19/3/90, L.S. 1990, fº 44; “YESSI”, 23/3/90, L.S. 1990, fº 59; “SCHIMPF”, Sent. Del 28/12/92; “BARCOS de FERRO”, Sent. Del 19/2/93, “VILLEMUR”, Sent. Del 7/4/93; “DIAZ VELEZ”, Sent. Del 2/6/93; “FASSIO”, 11/4/94, L.S.Amp. 1994, fº 153; “RODRIGUEZ SIGNES”, 3/5/94, L.S.Amp. 1994, fº 158; “BUSSI”, 17/5/94, L.S.Amp. 1994, fº 172; “MUÑOZ”, Sent. del 14/7/94, L.S.Amp. 1994, fº 208; “TEPSICH”, 5/9/94, L.S.Amp. 1994, fº 256; y “CAINO de CELLI”, Sent. del 23/3/95; entre muchos otros).-

VI- Ingresando al thema decidendi, desde ya propicio la confirmación del fallo en crisis, compartiendo los argumentos expresados por la Representante del Ministerio Público Fiscal, en cuanto sostuvo que le asiste derecho al amparista a recibir la cobertura integral y permanente que demande la atención de su salud.-

En tal contexto debe considerarse si la decisión del a quo resultó ajustada a derecho, teniendo en cuenta que las soluciones que en éstos casos corresponde dar, no deben atenerse estrictamente a cuestiones reglamentarias internas sino que debe meritarse razonablemente la demanda del afiliado, lo que también conlleva el análisis de las prestaciones requeridas en cuanto no excedan groseramente los montos que se abonan ordinariamente por los servicios requeridos o que resulten innecesarias o superfluas.-

VI.1.- Entiendo que la argumentación del sentenciante para fundar su posición respecto del acogimiento parcial de la pretensión de enfermera domiciliar resulta acertada, más allá de los comentarios relacionados con el deber de asistencia familiar, porque es claro que si la demandante requiere asistencia profesional las 24 hs., podría haberse evaluado otra posibilidad, como la internación en una institución especializada en el cuidado y rehabilitación de las personas que padecen la patología de la actora, lo que no se hizo, sin dar razones. Considero por ello atinada la conclusión del Juez respecto de hacer lugar a la pretensión de acompañante terapéutico de lunes a viernes por el término de DOCE (12) horas DE 08:00 A 20:00, que no solo cubre un probable horario de trabajo de su hija, sin perjuicio de la manifestación de dicha parte, vertida a fs.79 vta. in fine, en el sentido que la Sra. Arzac es Odontóloga pero se encuentra sin trabajo y con la matrícula suspendida, sino que además le posibilita la disponibilidad de horarios para su recreación y descanso.-



Respecto del servicio de enfermería a brindarse de conformidad a las reales necesidades y aconsejado por el médico especialista para la dolencia de la Sra. Lajamanovich, resulta ajustada a derecho la sentencia en tanto y en cuanto no obra en autos prescripción médica alguna en tal sentido, por lo que a mi entender la decisión al respecto reconoció un sustento fáctico.-

VI.2.- En cuanto a la provisión de los medicamentos, no debe perderse de vista que se trata de un discapacitado con certificado nacional (ver fs. 17) y en virtud de ello la provisión de los mismos debe ser integral.-

Estimo de aplicación al caso ante los cuestionamientos formulados por la parte demandada en su escrito impugnativo, lo que sostuvo en su voto, en un caso similar al presente el Dr. Carlín, al cual adherí, sobre todo en relación a que: “cabe principiar la argumentación de mi postura recordando que la Constitución Nacional impone al Estado el otorgamiento de “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable” (art. 14 bis). Por su parte, entre los tratados constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, de la misma Carta Magna se reconoce que “Toda persona tiene derecho a... la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...” (art. 25, 1er. Parágrafo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948); “el derecho a la seguridad social, incluso al seguro social” (art. 9), la creación de condiciones “que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” [art. 12, inc. d), ambos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]; etc.-

Que el mismo dispositivo de la Ley Suprema (inc. 12) ha conferido al Congreso Nacional el mandato de dictar el Código de Seguridad Social, atribuyéndole potestad para legislar en tal materia. No obstante ello -ha enseñado la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que en determinadas circunstancias se ha reconocido, como consecuencia del poder reservado por las provincias en virtud de lo dispuesto por el art. 122 C.N., que éstas pueden crear y reglamentar regímenes de seguridad social, limitada esa facultad a remunerados de sus estamentos públicos u otros casos emergentes del ejercicio de su poder de policía (vg. El que rige sobre el ejercicio de las profesiones liberales, respecto de estas últimas actividades) -Fallos 312:418-.-

La pirámide normativa del art. 31 de la Carta Federal -que determina la subordinación del régimen normativo de jerarquía inferior a la Constitución Nacional y a las leyes que en su consecuencia se



dicten por el Congreso- impone reivindicar los principios rectores de suprallegalidad señalados precedentemente y, como corolario, la potestad legislativa nacional para el dictado de las normas de seguridad social (Ley Nº 23.660 y modificatorias) y el acordamiento de beneficios a los destinatarios de sus Obras Sociales, en su calidad éstas de agentes naturales del Sistema Nacional del Seguro de Salud (Ley Nº 23.661).-

Queda así, por exclusión del sistema asistencial nacional, únicamente el personal en actividad y pasividad dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipios (art. 8 y concordantes de la Ley Nº 23.660 y 6º de la Ley Nº 23.661).-

El régimen del Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos establecido por la Ley 5326, determina la obligatoriedad de sometimiento a dicha Obra Social de esos remunerados activos y pasivos estatales (art. 3º), sin que en el sub judice se haya desafiado la constitucionalidad del dispositivo por ninguna de las partes involucradas, lo que impone el análisis de la controversia de autos desde esa perspectiva.-

A diferencia de otros regímenes vigentes en el país, donde el afiliado goza del derecho de elección de su obra social, pudiendo mutar la adhesión originaria por otra que satisfaga mejor sus necesidades, nuestra Provincia impone legislativamente una obligatoriedad en el sometimiento al I.O.S.P.E.R. De los agentes públicos, careciendo éstos de la posibilidad de opción por otro sistema dentro de los marcos de la Ley Nº 5.326/73. Ello trae como contrapartida la imposición de mayores obligaciones al Instituto prestador, acorde con la cautividad impuesta a sus afiliados por el art. 3º precitado, de otro modo la Provincia de Entre Ríos se estaría marginando del carácter integral, necesario y totalizador que la seguridad social debe tener para asegurar a todos los adherentes obligados al sistema la asistencia médica acorde en caso de enfermedad.-

Para decirlo en otras palabras, a mi juicio, son más severas las exigencias impuestas a una Obra Social que tiene ligados a ella obligatoriamente a sus destinatarios que las que cabe admitir en las que existe libertad asociativa, ya que estas últimas autorizan periódicamente el cambio del ente prestacional que tutela el derecho del afiliado permitiendo a éste la elección de la que más le convenga, dentro de un espectro amplio de entidades que se ofrecen para ser escogidas.-



Esa severidad hace examinables judicialmente las restricciones que el I.O.S.P.E.R. pueda imponer a la prestación de sus servicios, para determinar si las mismas no constituyen una abstención inadmisibles a la función protectora impuesta por la Ley Suprema, función ésta que no puede ser coartada por disposiciones de rango inferior y menos aún por actos o reglamentos administrativos, que -en tal supuesto- son desechables como tales por estar inficionados de ilegalidad e ilegitimidad manifiestas.-

Es indudable que la restricción de servicios imprescindibles para la adecuada atención del paciente fundado en razones económicas o presupuestarias del Instituto puede ser arbitraria, en tanto no se recaben de él prestaciones manifiestamente incompatibles con el carácter que deben tener las mismas o groseramente exagerados sus montos al extremo de tratarse de una solicitud desmedida o irracional la del afiliado”.-

Asimismo sostuvo en otro párrafo, “esto es así se han lesionados derechos fundamentales de la amparista, sus Derechos Humanos, esto es aquellos que son inherentes a su condición humana -valga la redundancia- como atributos inmanentes a la propia personalidad los que por su carácter innato aparecen y se mantienen durante toda la vida del hombre es de clara percepción en el caso. Si esos derechos o libertades nacen con la criatura no es la ley la que los crea sino la que se limita única y exclusivamente a reconocerlos a los fines de lograr a través de su explicitación, la mejor protección de los mismos. La vulneración a ellos nace cuando se obliga a un sujeto a deambular por las dependencias públicas y/u ocurrir a la ayuda privada con el fin de lograr los recursos necesarios para obtener la asistencia adecuada a su enfermedad, no obstante “gozar” de los beneficios de una Obra Social que debe prestarle la cobertura necesaria en caso de enfermedad porque ese peregrinar compromete gravemente la dignidad, la salud física y moral, la estima y la autovaloración del requirente. Tanto más ello es así cuando mensualmente aporta una cuota parte de su remuneración para contar con una Obra Social que le cubra sus contingencias.-

Reconozco que en situaciones económicamente difíciles y complejas no es posible hacer cargar en forma exclusiva la responsabilidad en la Obra Social provincial, pero tampoco es justo minimizar su carácter estatal que la obliga a asumir responsabilidades -propias y/o conjuntas- con el resto de los organismos públicos. Por lo demás es así cuando, como entre la amparista y el IOSPER, media



un vínculo impuesto obligatoriamente por el art. 3º de la Ley 5326 que coarta su libertad electiva sujetándolo a dicha Obra Social.

Que, por eso, se impone en el caso concreto que el juzgador examine cuidadosamente la actuación de la prestadora asistencial y determine si medió lesión a los derechos constitucionalmente tutelados. Sin lugar a dudas en el caso los hubo al retacear de modo manifiestamente arbitrario e ilegítimo el derecho de la actora a efectuarse el tratamiento indicado por los médicos tratantes, con compromiso a libertades fundamentales de jerarquía y reconocimiento constitucional (art. 75, inc. 22, de la Carta Federal), cuando la suma reclamada en este amparo no es abusiva ni compromete la estabilidad del sistema, con lesión a los derechos de los demás beneficiarios.-

No desconozco la problemática situación económica- financiera por la que atraviesa el I.O.S.P.E.R. En la actualidad debido a las circunstancias de público conocimiento pero la misma y esencialmente considerando los derechos fundamentales en juego –a la salud y a la vida-, no relevan al demandado de brindar prestaciones asistenciales básicas... máxime teniendo en cuenta que este “deber” le está impuesto al Estado y que no ha sido llamada la Provincia de Entre Ríos al proceso por las partes de cuya administración forma parte el instituto accionado como uno de sus organismos descentralizados .... y -en mérito a los argumentos expuestos- es a través del IOSPER como el Estado Provincial ha institucionalizado la forma de prestación de la cobertura de la atención a la salud de los agentes públicos que obligatoriamente afilia a dicho ente, por ello auspicio la confirmación del decisorio en crisis...” (cfr. STJER, in rebus “SILVESTRI DE MAC RAE”, sent. del 11/4/02 y “BALLEJOS”, sent. del 31/3/03, entre otros).-

Ello así, porque en el sub examine, no es materia de controversia la salud de la madre de la actora, su condición de afiliada a la obra social demandada y las necesidades de la misma en orden a su atención sanitaria, observando a través de los argumentos vertidos por la Obra Social en su escrito de responde que estima que no corresponde dar una satisfacción integral a los pedidos efectuados, sin mostrarse dispuesta a cubrir el 100% de los insumos mensuales que demanda el tratamiento.-



VII.- En relación a la cuestión puntual planteada cabe también recordar la normativa sancionada por la Convención Constituyente, la que entró a regir el 1/11/08 (conf. B.O. 15/10/08) en especial las posiciones de los artículos 19 y 21, a saber:

“ARTICULO 19: La Provincia reconoce la salud como derecho humano fundamental, desarrollando políticas de atención primaria. La asistencia sanitaria será gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna. Sera prioritaria la inversión en salud, garantizando el primer nivel de atención, así como la formación y capacitación.

Se implementará un seguro provincial de salud para toda la población y una progresiva descentralización hospitalaria.

El medicamento es un bien social básico. El Estado regula y fiscaliza el circuito de producción, comercialización y consumo de éstos y de los productos alimentarios, tecnología médica y acredita los servicios de salud. La ley propenderá a jerarquizar el nivel de atención hospitalaria de tiempo completo”.

“ARTICULO 21: El Estado asegura a las personas con discapacidad y en su caso a sus familias: la igualdad real de oportunidades; la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación; la extensión de los beneficios de la seguridad y prevención social del titular que los tuviera a su cargo; el contralors de todo centro público o privado de asistencia y alojamiento; el desarrollo de un ambiente libre de barreras físicas; la gratuidad y accesibilidad al transporte público; el acceso a la educación en todos los niveles con la infraestructura necesaria.-

Un Instituto Provincial de la Discapacidad con participación de la familia y las organizaciones intermedias elabora y ejecuta políticas de equidad, protección, promoción, educación y difusión de los derechos de las personas con discapacidad y de los deberes sociales para ellas. Fomenta la capacitación destinada a su inserción laboral.”.-

En tal contexto es aplicable la doctrina establecida por ésta Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal en los precedentes citados, como así también en los autos “A. P. c/ IOSPER y OTRO s/ ACCION DE AMPARO”, sent. 5/6/06.-



Tal fue mi posición en los autos “C. H. E. y otra c/ IOSPER s/ ACCION DE AMPARO”, sent. Del 25/12/08.-

VIII- Consecuentemente con lo expresado, propicio que se rechacen ambos recursos de apelación incoados contra la sentencia y se confirme la misma.-

Atento al resultado que propicio, estimo que las costas de ésta instancia deben imponerse en el orden causado.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, y a su turno, la Sra. Vocal Dra. MIZAWAK, dijo:

A) Resumidos los antecedentes del caso por el colega ponente a los que me remito brevitatis causae ingreso directamente al tratamiento de la cuestión propuesta.- En tal cometido, considero necesario señalar liminarmente que la solución que en definitiva propiciaré no significa en este caso la negación o desconocimiento de algún derecho o garantía constitucionalmente reconocido, como ser la protección a la vida, salud o los relativos a la discapacidad, con la adecuada salvaguarda con que los ha entendido esta Sala Nº 1 de este STJER en numerosísimos precedentes en los que ha actuado, con la severidad y celeridad que su protección amerita y con un criterio acorde al hoy recogido por la Constitución Provincial en los arts.16, 19 y 21 sino que para arribar a la misma examinaré la actuación u omisión de la prestadora asistencial para poder así establecer si medió o no en el caso concreto una lesión a derechos reconocidos y tutelados, lo que determinará la procedencia o no de esta acción extraordinaria, heroica y residual.- Abordando tal tarea, destaco que en el sub examine lo que se reclama es que la Obra Social le brinde a la madre de la accionante: “la cobertura integral y el reintegro de los gastos ya hechos en. 1.- MEDICACION: Nimodipina, Omeprazol, Clopidogrel, Budesonida y Formoterol (Symbicort Turbohaller), Citicolina (Reagin), Clonazepan (Rivotril), Elanapril (Lotrial), Attansil, Carbamacepina (Tegretol);

2.- REHABILITACION DOMICILIARIA ESPECIALIZADA EN NEUROHA-BILITACION Y DISCAPACIDAD: Consistente en neurokinesionología a razón de cuatro (4) sesiones semanales de neurokinesionología domiciliaria para recuperación de función motora post-ACV y fractura de cadera, sujeta a las adaptaciones necesarias conforme evolución; 3.- ENFERMERIA DOMICILIARIA:... requiere de esta



asistencia todos los días doce horas diarias en forma ininterrumpida; 4.- CUIDADOS DOMICILIARIOS... Todos los días en forma ininterrumpida, durante las restantes doce horas diarias... 5.- ESTUDIO DE CONTROL Y DIAGNOSTICO: Análisis clínicos, electrocardiogramas, entre otros para controles periódicos y seguimiento cardiológico, neurológico y de su estado general; 6.- TRANSPORTE EN AMBULANCIA Y/O SERVICIO PARTICULAR: Para realizar estudios y tratamientos complementarios; 7.- CONTROLES MEDICOS PERMANENTES Y FRECUENTES CON ESPECIALISTAS EN SUS PATOLOGIAS Y EN SU DISCAPACIDAD MOTRIZ - VISCERAL - NEUROLOGICA: en su domicilio, tales como médico clínico, neurólogo, cardiólogo y nutricionista y 8.- ELEMENTOS ORTOPEDICOS: Se requiere la provisión de andador, bastones, entre otros posibles conforme evolución” (cftr. fs. 29 y vta.).-

El a quo hace lugar parcialmente a la acción y dispone que: “la demandada provea al actor, una cobertura integral de las prestaciones solicitadas en el escrito inicial, consistente en: Medicación. Rehabilitación Domiciliaria especializada, acompañante terapéutico de lunes a viernes por el término de doce horas de 08.00 horas a 20.00 horas. Estudios de control y diagnóstico, consultas médicas y elementos ortopédicos –todo lo cual debe estar previa y debidamente diagnosticado por Médico especialista-. Asimismo se le deberá brindar el servicio de enfermería de conformidad a las reales necesidades y aconsejado por el médico especialista en la dolencia de la Sra. LAJMANOVICH” –fs. 82.- Apelan tal decisorio tanto la demandada como la actora, circunscribiendo esta última sus agravios a la modalidad que ha sido concedida las prestaciones referidas al cuidador domiciliario y servicio de enfermería, por lo que abordaré conjuntamente ambos recursos.-

B) Puntualizo que el caso de autos guarda sustancial similitud con el resuelto por este Tribunal, con su integración de feria y por mayoría, al expedirse en la causa: “A.A. c/ I.O.S.P.E.R. Y otro s/ ACCION DE AMPARO” –31/1/09- en el que llevando el primer voto el Dr. CARUBIA, al que adhirió sin reservas el Dr. CARLOMAGNO, expresó:

“... al ingresar al estudio de la cuestión principal que constituye el objeto de la pretensión amparista, advierto una significativa imprecisión y vaguedad en los múltiples reclamos prestacionales que efectúa la accionante, algunos de los cuales, su mayoría, parecieran estar ya reconocidos y cubiertos por la obra social accionada y solamente podrían existir eventuales



diferencias en orden a la cobertura total o sólo parcial de los costos de tales prestaciones; pero, en verdad, no habrían sido ellas denegadas por el I.O.S.P.E.R. Ni se verificaría un accionar ilegítimo propio de esta demandada; toda vez que, del cúmulo de prestaciones requeridas por la actora que se detallan a fs... incluidas en la condena dictada en el pronunciamiento en crisis, aparecerían como discontinuadas por el I.O.S.P.E.R. Las prestaciones de terapia cognitiva conductual, equinoterapia e hidroterapia.-

Estas prestaciones no cubiertas por la obra social estatal se encuentran indicadas como necesarias (cftr.: informe...) por la neuróloga pediátrica tratante del menor discapacitado (cftr.: certificado nacional de discapacidad...) por quien se formula el reclamo de autos y, de conformidad con la expresa normativa consagrada en los arts. 19 y 21 de la Constitución de Entre Ríos, de las cuales emerge el reconocimiento de la salud como derecho humano fundamental; la asistencia sanitaria gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna, y que el Estado debe asegurar a las personas con discapacidad la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación, de modo que -sea a través de la obra social a la que obligatoriamente deben afiliarse y aportar los agentes del Estado provincial, sea de ese modo y subsidiando los importes correspondientes a los coseguros determinados por el IOSPER para cada prestación, sea directamente a través de los órganos que intervengan- el Estado provincial debe proveer a la cobertura integral y gratuita de aquéllas.-

Respecto de las demás prestaciones allí requeridas, cabe puntualizar que no se precisa en algunos casos cuáles serían en concreto las prestaciones solicitadas, pecando el planteo actoral de una equívoca generalidad palmariamente incompatible con las especiales características propias de la excepcional acción de amparo que se intenta; tal así, los requerimientos de consultas, atención y tratamientos especiales que, en razón de la discapacidad del menor, resultan necesarios para su rehabilitación integral...; de tratamiento farmacológico sujeto a ajustes periódicos en tipo de droga y dosis...; de estudios especializados de diagnóstico y control neurológico..., lo cual importaría una especie de autorización abierta para la realización de prácticas diversas e indeterminadas en su número, especialidad, momento de producción y estricta necesidad y que en modo alguno se compadecería con las condiciones de procedencia de esta especial acción que contemplan los arts. 1º, 2º, sigts. Y ccmts. de la Ley Nº 8369.-



Por último, las otras prestaciones interesadas en la demanda -que no se mencionan en los apartados precedentes- no aparecen denegadas por el IOSPER sino, más bien, autorizadas sus coberturas, pudiendo, en todo caso, debatirse sobre el reconocimiento de cobertura total o sólo parcial de cada una de ellas, en cuyos casos el Estado se encuentra constitucionalmente obligado a asegurar la gratuidad, integralidad y oportuna cobertura de las mismas en beneficio del menor discapacitado; en tales supuestos, la obra social demandada y, subsidiariamente, el Estado Provincial, co-demandado, deben proveer lo necesario para garantizar al beneficiario la absoluta gratuidad, integralidad y oportunidad de la prestación de que se trate”.-

Dentro de tales parámetros que considero en general correctos y con las especificaciones que más adelante haré, a continuación analizaré la cuestión traída a debate.-

C) Con relación a los medicamentos peticionados y recepcionados surge de las planillas obrantes a fs. 50/56 y 78/82 que la obra social demanda los provee aunque no emerge con claridad si todos son reconocidos ni el porcentaje del mismo, por eso entiendo que respecto a esta prestación podrían encontrarse afectados los derechos y garantías que se aducen conculcados –a la salud, a la vida y a la protección de las personas con discapacidad- con el alcance que ha entendido esta Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal en numerosísimos antecedentes hoy consagrados en el nuevo texto constitucional –arts. 16, 19 y 21- por ello creo que se debe hacer lugar a la cobertura integral de los mismos y de igual modo cabe decidir con respecto a los elementos ortopédicos prescriptos por el médico tratante (cftr. fs. 18 vta.).-

D) Referido a la periodicidad y los valores que se deben receptor respecto al reconocimiento de la rehabilitación domiciliaria consistente en neurokinesiología a razón de cuatro sesiones semanales resalto que surge la necesidad del tratamiento y de la frecuencia peticionada del certificado médico obrante a fs. 19 y el valor de las mismas deberá ser acorde a lo dispuesto en la Resolución Nº 519 IOSPER del 29/X/08, es decir \$ 30 (pesos treinta) por cada una, ya que, según surge de la misma resolución Modulo III, para su fijación se tuvieron en cuenta “los valores referenciales establecidos por los colegios profesionales de cada profesión” (cftr. Último párrafo de ese capítulo) y también se condice con lo ofrecido por la accionada a la madre de la actora –cftr. fs. 78-  
.-



Con esta solución, a mi juicio, se encuentra el adecuado equilibrio entre el resguardo de los derechos de esta afiliada y la universalidad de los mismos y se respeta el principio de solidaridad que impera respecto a la obra social provincial al asegurarse a la madre de la amparista la asistencia requerida de acuerdo a valores que han sido fijados, no caprichosa o arbitrariamente, sino teniendo en cuenta lo que establecen los respectivos colegios profesionales lo que, a su vez, a la obra social le permite calcular los costos y brindar así mejores y mayores prestaciones para todos aquellos asociados que requieran su atención quienes –obviamente- alegaran también su derecho a la prevención, asistencia, promoción, protección y restauración de su salud.-

Entiendo que así también se conjugan armónicamente lo establecido en los preceptos precitados de la Carta Magna Provincial con el principio regulado en el art.35 del mismo cuerpo normativo.-

E) Referido al acompañante terapéutico creo que en virtud de los argumentos desarrollados en el acápite anterior -D-, teniendo en cuenta la prescripción médica de fs. 14 y lo peticionado por la propia actora debe tener tal reclamo favorable acogida en los términos dispuestos por el a quo y hasta los valores establecidos en el mismo módulo de la resolución precitada.-

F) Con respecto a la condena referida a los estudios de control y diagnóstico y consultas médicas peticionado por el amparista en el punto 7.- del objeto fs. 29 vta. (Controles médicos permanentes y frecuentes con especialistas en sus patologías y en su discapacidad motriz-visceral-neurológica: en su domicilio, tales como médico clínico, neurólogo, cardiólogo y nutricionista) estimo que resulta plenamente aplicable lo sostenido por el voto de la mayoría en la causa “AGASSE...” tu supra referenciada en cuanto a que “no se precisa en algunos casos cuáles serían en concreto las prestaciones solicitadas, pecando el planteo actoral de una equívoca generalidad palmariamente incompatible con las especiales características propias de la excepcional acción de amparo que se intenta; tal así, los requerimientos de consultas, atención y tratamientos especiales que, en razón de la discapacidad del menor, resultan necesarios para su rehabilitación integral...; de tratamiento farmacológico sujeto a ajustes periódicos en tipo de droga y dosis...; de estudios especializados de diagnóstico y control neurológico..., lo cual importaría una especie de autorización abierta para la realización de prácticas diversas e indeterminadas en su número, especialidad, momento de producción y estricta necesidad y que en modo alguno se compadecería con las condiciones de procedencia de esta especial acción que contemplan los arts. 1º, 2º, sigts. Y cccts. de la Ley Nº



8369”, por tales razones concluyo que caber rechazar esas pretensiones y revocar, en consecuencia, la condena dispuesta a su respecto.-

G) Por último y con relación al rubro enfermería entiendo que debe ser receptado en los términos que propone el IOSPER a fs. 78, previa certificación del médico tratante acerca de su necesidad.-

H) En base a las razones dadas considero que debe rechazarse el recurso de apelación deducido por la parte actora, receptarse parcialmente el articulado por la demandada y revocarse el pronunciamiento en crisis en cuanto condena al IOSPER a dar una genérica cobertura integral respecto a estudios de control y diagnóstico y consultas médicas, y confirmarse en lo demás con los alcances desarrollados precedentemente.-

I) Respecto a las costas de todo el proceso deben adjudicarse por el orden causado.- Así me pronuncio.-

A la misma cuestión propuesta, y a su turno, el Sr. Vocal Dr. Carubia, dijo: Compartiendo en lo esencial el criterio expuesto por la Dra. Mizawak en su voto precedente, adhiero a la solución que propone para el caso.- Así voto.-

A LA TERCERA CUESTIÓN PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

En este caso, considero oportuno reiterar lo dicho por el Superior Tribunal de Justicia con respecto a que: “la ley Arancelaria (Decreto-Ley 7046/82, ratificado por Ley 7503)... ha perdido el carácter de orden público en mérito a lo normado por el art. 8º del Decreto 2284/91 adoptado por la Provincia de Entre Ríos mediante Ley 8622/91. Que corresponde al regular los honorarios profesionales aplicar las pautas mesuradoras del art. 3º del ordenamiento local... Que desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación- antes de la vigencia del régimen de desregulación económica, y con mayor razón desde el dictado del mismo- ha admitido la reduccción de los mínimos legales para satisfacer los principios de equidad y justicia (Fallos:239:123; 251:516; 256:232; entre otros)....” -, in re: “B. A.C. Y OTROS S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD”, sent. del 23/3/95-.



Tal interpretación entronca con la reforma introducida por la Ley Nº 24.432 al Código Civil, la que en su art. 13, estableció: “Los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la Justicia, por la labor desarrollada en procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan su actividad, cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta, lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder. En tales casos, la resolución que así lo determine deberá indicar, bajo sanción de nulidad, el fundamento explícito y circunstanciado de las normas que justificaren tal decisión”.-

Tales criterios rectores deben presidir la regulación de honorarios en circunstancias particulares como la presente, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la trascendencia de las causas, la cantidad, eficacia y extensión de los trabajos (Fallos: 257:142; 296:124; 302:534, y sus citas), a la vez que meritúan igualmente las tareas realizadas (Fallos 325:217), porque se trata de una acción que involucra cuestiones de salud, por lo que creo justo y equitativo hacer lugar al recurso de apelación de honorarios articulado por la Dra. M. R. G. y aplicando las pautas previstas en el art. 3º de la Ley 7046, establecer los honorarios profesionales por su actuación en la cantidad de pesos (\$ XXXX), en consonancia con lo dispuesto por los arts. 2, 3, 5, 12, 14, 91 y conchs. De la Ley 7046; y 1 y 13 de la Ley 24.432.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, y a su turno, la Sra. Vocal Dra. Mizawak, dijo: Atento a la solución que propicio no cabe abordar el recurso de apelación de honorarios articulado a fs.84 ya que en virtud de lo normado en el art.6 de la Ley Nº 7046 debe procederse a una nueva regulación.- Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Sr. Vocal Dr. CARUBIA expresa su adhesión al voto de la Dra. MIZAWAK.-



Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada, y por mayoría, la siguiente sentencia: Firmado: *Carlos Alberto Chiara Díaz -En disidencia parcial-, Claudia M. Mizawak y Daniel O. Carubia*

SENTENCIA:

Paraná, 12 de febrero de 2009.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2º) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 85 y, HACER LUGAR parcialmente al articulado por la parte demandada a fs. 87 contra la sentencia de fs. 81/82vta. la que SE REVOCA, en cuanto condena al I.O.S.P.E.R. a dar una genérica cobertura integral respecto a estudios de control y diagnóstico y consultas médicas, confirmándose en lo demás con los alcances desarrollado en los considerandos.-

3º) IMPONER las costas de todo el proceso por su orden.-

4º) NO DAR TRATAMIENTO a los recursos de apelación de honorarios deducido a fs. 84 por la parte actora, DEJAR sin efecto la regulación practicada por el a quo y REGULAR los honorarios de los Dres. M. G., A. C. y A. P., por la actuación que les cupo en primera instancia, en las respectivas sumas de pesos: (\$XXX.-), (\$ XXX.-) y (\$XXX.-) y por la actuación que le cupo en esta Alzada a la Dra. M.G. en la suma de pesos (\$ XXX.-) -cfme.: arts. 2, 3, 5, 6, 15, 64, 91 y ccdtes. Decreto Ley Nº 7046/82, ratif. Por Ley Nº 7503; 1º y 13º Ley 24.432; 505 Código Civil.-

Protocolícese, notifíquese y, en estado bajen.- Firmado: *Carlos Alberto Chiara Díaz -En disidencia parcial-, Claudia M. Mizawak y Daniel O. Carubia* – Ante mí: María Isabel Budini-Secretaria”



**\*\*ES COPIA\*\***

María Isabel Budini

-Secretaria-