



## Educación - Salud

### **Viabilidad de la cobertura integral de transporte escolar para garantizar el acceso real al nivel de educación necesario.**

#### **D. N. L. en representación de su hija menor c/ IOSPER y SGPER s/ Acción de amparo**

#### ACUERDO:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los siete días del mes de julio de dos mil once, 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. CLAUDIA MONICA MIZAWAK y los Vocales Dres. CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ y GERMAN R. F. CARLOMAGNO, asistidos por el Dr. Rubén A. Chaia fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "D., N. L. en representación de su hija menor c/IOSPER y SGPER S/ ACCION DE AMPARO".-

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. Chiara Díaz, Mizawak y Carlomagno.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTION: ¿Existe nulidad?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué cabe resolver?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA 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. 118, 2do párrafo.-).-

Finalmente, practicado por el Tribunal el examen ex-officio de lo actuado, no se advierte 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 interrogante formulado en la 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. CARLOMAGNO 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 PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ DIJO:

I.- Acerca de la sentencia dictada por la Sra. Juez a cargo del Juzgado DE Familia N°2 de Paraná, Dra. M. V. S. (fs. 79/85), que hizo lugar a la demanda y ordenó al IOSPER que preste cobertura integral (100%) al costo del traslado de la niña M.G. de los M. S. desde su domicilio sito en calle.....a la Escuela privada "M. J." durante todo el año lectivo 2011, se disconformó el IOSPER mediante el libelo de fs. 94.-

II.- Previo a las consideraciones a efectuar sobre el planteamiento realizado 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. N. L. D. (fs.16/23), en representación de su hija menor M. G. d. I. M. S. y con el patrocinio del Dr. A. D. L., interpuso el 30/05/11 acción de amparo contra el IOSPER y subsidiariamente respecto del Estado Provincial, para que se les ordene arbitrar los medios económicos a los fines de que le brinden con carácter de urgente la cobertura 100% correspondiente al costo de transporte escolar de la menor discapacitada por el presenta año.-

Acreditó la afiliación de su hija discapacitada al IOSPER (fs.9 y 10), su calidad de madre de la misma (fs.6), la discapacidad que padece con el respectivo Certificado Nacional de Discapacidad (fs.1), consignándose allí su diagnóstico: "Retraso mental no especificado".-

Sostuvo que integraba un grupo familiar compuesto por su hijo M. (discapacitado), sus hermanitos: G., M., D. y su esposo, quien trabaja como empleado en el municipio de Oro Verde y que era ese el único ingreso con que contaba la familia, rondando tales haberes, aproximadamente en la suma de \$ 3600, con el cual tenía que hacer frente a la subsistencia del grupo y a los gastos que demandaban los diferentes tratamientos de sus dos hijos discapacitados.-

Señaló que al menor padecía de retraso mental y que por tal motivo era tratada por un grupo de profesionales, a los que enumeró, quienes llevaban adelante los tratamientos que la ayudaban a sobrellevar su vida y en el marco del cual se encuentra su actividad escolar especial, con concurrencia diaria a la escuela "M. J." para lo cual requiere de un transporte escolar, ya que conforme surge del certificado médico obrante a fs. 11, la niña carece de capacidad para trasladarse sola y la familia no posee automóvil y las líneas de colectivo no tienen un recorrido que pueda combinar ambos puntos de la ciudad.-

Que por ello solicitó en fecha 30 de marzo de 2011 a la obra social IOSPER la cobertura integral del traslado escolar, respondiéndosele mediante nota de fecha 13/5/11 que se ofrecía un subsidio de \$200, lo que fue aceptado dada la necesidad extrema, pero haciendo saber la insuficiencia del subsidio y la situación especial de la discapacitada y las disposiciones que tanto a nivel nacional como provincial la protegían, respondiendo en esta ocasión la Comisión de discapacidad que la Obra social no estaba adherida a la Ley Nacional y por tanto no era exigible dicha normativa.-



Siendo así, no tuvo otra opción que recurrir a ésta vía. Fundó la acción en los derechos emergentes de los arts. 25 de la Constitución Provincial y 17, 14 y 43 y de la Constitución Nacional, 1º, sgts. y concordantes de la ley 8369 y de las 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 fs. 54/66 contestó la demanda el IOSPER, solicitando el rechazo de la acción deducida, con costas, y luego de señalar la deficiencias que a su criterio había tenido el requerimiento, endilgando mala fe por parte de la actora y su letrado patrocinante, señaló que dicho organismo había cumplido con las obligaciones a su cargo y que no emergía de los certificados que la menor padeciera alguna discapacidad física por lo que el IOSPER brindaba una cobertura integral a valores referenciales establecidos en el Programa Integral de Discapacidad implementado, sosteniendo asimismo que la acción resultaba inadmisibles por no haber mediado de su parte conducta alguna subsumible en los arts. 1º y 2º de la LPC y por ello era inadmisibles.-

II.3- Oportunamente la Sra. Fiscal de Estado Adjunta, Dra. Rosa Alvez Pinheiro de Acebal, en representación del Superior Gobierno Provincial, evacuó el informe del artículo 8º de la LPC a fs. 68/72, planteando la inexistencia de responsabilidad por parte del Estado y la inadmisibilidad de la acción puesto que no mediaba una conducta manifiestamente ilegítima atribuible a su representado, ya que la ley 9891 disponía en su art. 9º que el Estado por intermedio de la Secretaría de Salud garantizaría las prestaciones asistenciales básicas a las personas con discapacidad, salvo aquellas que contaran con Obra Social.-

Sostuvo que su instituyente no había sido requerido a los efectos de la cobertura de las prestaciones que se demandaban y por ello la acción en su contra no debía prosperar.

III- Concedido el recurso de apelación planteado (fs. 95), solo el IOSPER y la actora hicieron uso del derecho acordado por el art. 16 de la Ley Nº 8369 de presentar memoriales en la Alzada.-

IV- A fs. 115/6vta. se expidió el Señor Defensor General de la Provincia, Dr. Maximiliano Francisco Benitez, analizando el planteo actoral y teniendo en cuenta los antecedentes que consideró



aplicables al caso, propició que se rechacen los recursos impetrados y se confirme el fallo puesto en crisis por ajustarse en un todo al ordenamiento jurídico vigente.-

A su turno se expidió la Sra. Fiscal Adjunta de la Procuración General de la Provincia Dra. Susana L. Verzeñassi, quien se pronunció en igual sentido que el representante del Ministerio Pupilar.-

V.- Reseñados brevemente en los párrafos precedentes las posturas de las partes y del Ministerio Público 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", sent. del 12/07/88 L.A.S. 1987/88, fs. 112; "STURZ", sent. del 30/6/89, L.A.S. 1989, fs. 234; "PITTALUGA de MAGGIONI", sent. del 9/11/89, L.A.S. 1989, fs. 459; "MEDRANO", sent. del 27/2/90, L.S. 1990, fs. 12; "FARMACIA LIBERTAD" S.C.S.", sent. del 19/3/90, L.S. 1990, fs. 44; "YESSI", sent. del 23/3/90, L.S. 1990, fs.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", sent. del 11/4/94, L.S.Amp. 1994, fs. 153; "RODRIGUEZ SIGNES", sent. del 3/5/94, L.S.Amp. 1994, fs. 158; "BUSSI", sent. del 17/5/94, L.S.Amp. 1994, fs. 172; "MUÑOZ", sent. del 14/7/94, L.S.Amp. 1994, fs. 208; "TEPSICH", sent. del 5/9/94, L.S.Amp. 1994, fs. 256; y "CAINO de CELLI", sent.del 23/3/95; entre muchos otros).-

Así perfilada la cuestión a resolver y haciendo uso de la plenitud de la jurisdicción para juzgar la totalidad de los hechos y el derecho acerca de la misma, cabe entonces ingresar a su tratamiento y decisión.-

Liminarmente destaco que propiciaré el rechazo del recurso de apelación, atento a que el fallo impugnado resulta armónico con lo sostenido por é sta Sala N°1 en los autos "S. B. O. c/IOSPER S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 29/5/11,-

Es que dicha discapacitada merece una asistencia integral, tal cual lo consideró y decidió en un caso similar el Tribunal de FERIA , in re "M." -sent. del 30/12/04-, especificando: "...no debemos olvidar que aún antes de la reforma constitucional de 1994, ya se consideraba el derecho a la vida



y a la salud, como una garantía innominada derivada del art. 33 de la Constitución Nacional (Cfr. "El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida" por Susana Albanese, en L.L. 1991-D, pag. 77) y además que con el plexo de instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la C.N. por la reforma aludida, los que fueran por ella, elevados a la jerarquía constitucional, lo que implica igualación con la constitución misma, tal como lo sostiene Pablo Manili en su tesis doctoral "El Bloque de constitucionalidad", ed. L.L., año 2004, pág.199, no cabe duda que la situación planteada por el amparista, encuentra en la normativa citada y analizada, total encuadre, asistiéndole el derecho que peticiona a recibir de su obra social la cobertura íntegra de gastos que demanden la rehabilitación de su hijo . y desde el inicio de la terapia. y por todo el tiempo que fuera necesario a criterio de los profesionales tratantes y hasta su restablecimiento total".-

Finalmente cabe recordar que el criterio sustentado por mayoría por ésta Sala Nº 1 establece que: "Más allá del cúmulo de normas contenidas en los Tratados internacionales constitucionalizados en el art.75, inc. 22 , de la Carta Magna Federal, la Constitución de Entre Ríos ha incorporado normas precisas y explícitas en sus arts. 15, 16 , 18 y 19 que garantizan el derecho a la vida, establecen la protección integral de los niños, reconocen la salud como derecho humano fundamental y la asistencia sanitaria gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna, y, finalmente, de conformidad con lo expresamente establecido en el art. 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 previsión social del titular que los tuviera a su cargo y el acceso a la educación en todos los niveles con la infraestructura necesaria.-

A su vez, por ley 24.901 se ha creado un sistema de prestaciones básicas "de atención integral a favor de las personas con discapacidad" y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2). Por su parte, el Estado Provincial ha adherido a dicha normativa por Ley Nº 9891, poniendo a cargo de la obra social estatal (IOSPER) la atención de tales prestaciones y de las que emergen directamente impuestas por la puntual normativa del ordenamiento jurídico constitucional local.



Tampoco puede obviarse en este análisis que estamos frente a prestaciones directamente vinculadas con el tratamiento de rehabilitación del menor discapacitado y su posibilidad de acceso real al nivel de educación necesario, lo cual, dada la patología implicada, no puede quedar sometido a las vicisitudes administrativas, económicas o comerciales, sin riesgo de traer aparejado graves consecuencias, en tanto lo que está en juego es la salud y la educación de un menor discapacitado.-" (cfr. "B. (2), L. G. (en nombre y repr. de su hijo menor J.R. T.) C/ I.O.S.P.E.R.S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 10/5/10).-

Lo expuesto es suficiente para proponer el rechazo del recurso de apelación incoado por el IOSPER en lo que respecta a la cobertura integral y al 100% de las prestaciones condenadas, y la confirmación de la sentencia en crisis, la que coincide también con los argumentos vertidos en "S.M. R.", sent. del 11/4/02 y "B.", sent. del 31/3/03, entre otros, sin haber sido materia de controversia la salud del hijo del actor, quien cuenta con Certificado Nacional de Discapacidad, y es afiliado a la Obra Social demandada encontrándose acreditadas las necesidades del niño en orden a su atención sanitaria.-

No obstante ello, en relación al transporte simplemente reafirmo mi posición sustentada en distintas actuaciones en relación a la necesidad de que la obra social reconozca cobertura en los términos previstos por la Resolución Nº 1650/2011 del Ministerio de Salud de la Nación. (cfr. "H. (5), T. I en representación de su hijo menor c/IOSPER y otro S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 23/3/11 y "S. B.O. c/IOSPER S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 29/5/11, entre otros).-

Respecto de las costas de ésta instancia, considero que deben ser impuestas a la impugnante vencida.- Así voto.-

A la misma cuestión propuesta la Sra. Vocal Dra. MIZAWAK expresa:

Resumidos los antecedentes del caso por el colega ponente me remito a ello "brevitatis causae" e ingreso directamente al tratamiento de la cuestión propuesta.-



En tal cometido destaco que no resulta materia controvertida en autos la calidad de afiliada a la Obra Social demandada de la hija de la actora ni la patología que ésta padece -Retraso mental no especificado-, según certificado de discapacidad obrante a fs.1.-

La amparista requirió la cobertura total de lo aquí peticionado y el IOSPER le otorgó un subsidio por transporte escolar a valores vigentes a la fecha de prestación -fs.15.-

En innumerables casos similares al presente, he reivindicado el criterio que he sostenido, en minoría al expedirme como integrante de esta Sala Nº 1 de este Tribunal relativo a que el reconocimiento en estos casos debería ser hasta los valores de referencia del Programa Integral de Discapacidad (PIDI) puesto que la obra social goza, en principio, de facultades para establecer un programa como el mencionado.-

Ahora vigente, la Ley Nº 9972 -B.O.23/07/10- que sustituyó el art.9 de la Ley Nº 9891 la situación es diferente.-

En su párrafo segundo esta última dispone que el IOSPER "tendrá a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas consagradas en la Ley Nacional Nº 24901, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas al mismo" y lo reclamado está contemplado en lo establecido en el arts.13 de tal disposición.-

Al respecto el IOSPER reconoce (fs.110) que ha dictado la Resolución Nº 160/11 -retroactiva al 01/05/11- que establece un subsidio mensual para personas discapacitadas que si se realiza en un medio de transporte sin habilitación especial asciende a la suma de pesos trescientos cincuenta (\$350) y si contase con ésta correspondiente habilitación \$2,86 el km, conforme lo fija la normativa nacional -cftr.fs.110.-

Siendo así y en los términos que ha sido dictada la sentencia no le causa agravio alguno a la prestadora asistencial lo dispuesto en la misma ya que si la amparista pretende una cobertura de \$2,86 el Km,, conforme lo fija la APE, deberá acreditar "que la empresa de transporte que realiza el servicio se encuentra registrada como prestadora con capacitación específica para tareas a





desenvolver" -ver fs.85 parte final del punto 1.- del fallo-, es decir, para trasladar a personas con discapacidad, lo que resulta acorde a lo que la misma obra social ha establecido.-

Por ello adhiero a la solución que propicia el Dr. Chiara Díaz en su voto.- Así me pronuncio.-

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

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia: Firmado:Carlos Chiara Díaz, Claudia Mizawak y Carlomagno

SENTENCIA:

Paraná, 07 de julio de 2011.-

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 demandada a fs. 94 contra la sentencia de fs. 79/85, la que, por los fundamentos de la presente, se confirma.-

3º) IMPONER las costas de esta instancia a la impugnante vencida.-

4º) REGULAR los honorarios del Dr. A. D.L., por la intervención que le cupo en esta instancia, en la sumas de (\$) -cfme.: arts. 2, 3, 5, 6, 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:

Claudia M. Mizawak.

Carlos Alberto Chiara Díaz.

Germán R. F. Carlomagno.

Ante mí: Rubén A. Chaia-Secretario"

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

Rubén A. Chaia

Secretario