



Salud

Las obras sociales se encuentran obligadas frente al afiliado a brindar la asistencia que requiera según su discapacidad, en forma integral

G. S. R. en nombre y rep. de su hija M. M. A. c/ Inst. Obra Social Pcia. E. Ríos (IOSPER) s/ Acción de amparo

8/05/2007

1.- Corresponde hacer lugar a la acción de amparo y condenar al Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (I.O.S.P.E.R.) a hacerse cargo del 100% de la cobertura necesaria para el tratamiento de Síndrome de Down.

2.- La pretensión de la obra social de la provincia de abonarle un 50% al responder la demanda o bien un 80% de ciertas prestaciones deviene francamente inadmisibles porque la obra social es garante frente a sus afiliados de su correcta atención, al estar por ley obligada a proporcionarlo asumiendo la responsabilidad directa de brindar la necesaria cobertura médica al paciente.

3.- La ley 24.901 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 estableciendo además que las obras sociales -Art. 1 ley 23.660- tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas en ella enunciadas sea mediante servicios propios o contratados y que dicha cobertura integral en rehabilitación se debe brindar con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuera menester por el tiempo y las etapas que cada caso requiera deviniendo la amplitud de las prestaciones allí previstas ajustadas a su finalidad que no es otra que lograr la integración social de los discapacitados y su inserción en el sistema de prestaciones básicas utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios.



4.- Si la provincia no sancionare una norma adhiriendo al cuerpo normativo nacional de la ley sobre discapacidad no debe olvidarse que aun antes de la reforma constitucional de 1994 ya se consideraba el derecho a la vida y a la salud como garantía innominada derivada del art. 33 de la CNac. Más allá de que con el plexo de instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la C.N. por la reforma aludida, fueran elevados a la jerarquía por lo que la situación planteada por la amparista encuentra sustento en la precitada normativa asistiendo así el derecho que peticiona de recibir la cobertura íntegra que demande la rehabilitación de su hija por todo el tiempo que fuera necesario a criterio de los profesionales tratantes y hasta su restablecimiento total.

5.- El régimen del Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos establecido por la Ley 5326, determina la obligatoriedad de sometimiento a la misma de todos los remunerados activos y pasivos estatales y 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, esta Provincia impone legislativamente una obligatoriedad en el sometimiento al I.O.S.P.E.R. de los agentes públicos, careciendo estos de la posibilidad de opción por otro sistema dentro de los marcos de la Ley 5326/73 de lo cual se deriva como contrapartida la imposición de mayores obligaciones al instituto prestador, acorde con la cautividad impuesta a sus afiliados, por cuanto 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. Por lo que las exigencias impuestas a una Obra Social que tiene ligados a ella obligatoriamente a sus destinatarios son más severas que las que cabe admitir en las que existe libertad asociativa, ya que estas últimas autorizan periódicamente el cambio de ente prestacional que tutela el derecho del afiliado permitiéndole la elección de la que más le convenga, dentro de un espectro amplio de entidades que se ofrecen para ser escogidas.

6.- 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, las 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 del afiliado.

En la ciudad de Concordia, Provincia de Entre Ríos, a los 8 días del mes de mayo del año dos mil siete, reunidos en el Salón de Acuerdos de la Sala III en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones, los Señores Vocales Doctores: JUAN RAMON SMALDONE, RICARDO ITALO MORENI y JORGE LUIS GAMBINO, para conocer respecto de la ACCION DE AMPARO deducida a fs. 34/39, y de conformidad con el sorteo de ley oportunamente realizado, -art. 260 del C.P.C. y C. la votación deberá efectuarse en el siguiente orden: Señores Vocales Doctores: RICARDO ITALO MORENI, JORGE LUIS GAMBINO y JUAN RAMON SMALDONE.

Estudiados los autos la Sala plantea la siguiente cuestión a resolver.

"Que pronunciamiento corresponde dictar en la presente acción de amparo?

A la cuestión propuesta, el Sr. Vocal Dr. Ricardo Ítalo Moreni, dijo:

I) S. R. G por derecho propio y en representación de su hija menor de edad M. M. A. promueve acción de amparo en perjuicio de la obra social a la que se encuentra adherida (I.O.S.P.E.R) con la finalidad de que se le garantice a la menor -quien padece de síndrome de Down- protección integral continua e ininterrumpida tendiente a asegurar su atención médica, educación y seguridad social con cobertura total así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan neutralizar en lo posible la desventaja que la discapacidad le provoca y le de oportunidad mediante su esfuerzo de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales.

II) Dice que el médico tratante de la menor -Dr. Pedro M. Lemo- ha certificado la necesidad de proveerle un complejo tratamiento en forma ininterrumpida con estimulación psicomotriz, fonoaudiológico y terapia ocupacional resultando necesarias tres sesiones semanales de terapia ocupacional y de kinesiología a un costo de \$ XXX mensuales cada uno, cuatro sesiones semanales de fonoaudiología a un costo de \$ XXX mensuales, \$ XX en concepto de inscripción y \$ XX de cuota



mensual de la escuela especial privada nº 17 -ARID- a la que concurre y finalmente \$ XXX para costear el pago de un remisse a los fines de trasladar a la menor de un lugar a otro en tanto dado sus circunstancias físicas especiales no puede hacerlo mediante un transporte público.

III) Efectuado el primigenio control de admisibilidad de la acción en los términos del art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales el tribunal despachó el mandamiento de rigor a la vez que denegó la medida cautelar peticionada por la amparista y en el plazo que le fuera acordado la demandada compareció al juicio resistiendo la acción con fundamento en que no se agotó el trámite administrativo formalizado en la obra social en tanto -dice- el mismo espera aún ser resuelto dado que fuera puesto a despacho el día 17 de abril del corriente año.

Asimismo denuncia la manifiesta inaplicabilidad al IOSPER en su carácter de obra social provincial de la ley nacional de protección de la discapacidad nº 24.901 que se citare en apoyo de la pretensión amparista, aclarando que en todo caso debió promoverse otro tipo de acción distinta a la presente, recordando igualmente que pretendieron abonarle a la presentante el 50% de las prestaciones y financiarle el resto mediante la concesión de un crédito asistencial instando en suma al rechazo de la acción y a que se impongan expresamente las costas a la amparada.

IV) Que, de los expedientes administrativos adjuntos en copia por la demandada obrantes de fs. 72/104 la Dirección Técnica Médica conjuntamente con la Gerencia Prestacional sugieren reconocer hasta un 80% del total presupuestado por los tratamientos de kinesiología, fonoaudiología y terapia ocupacional a partir del mes de marzo de 2007 y por el término de seis meses encontrándose el citado expediente en condiciones de ser resuelto a partir del día 17 de abril del corriente año -ver fs. 103-.

V) Requerido que fuera el Departamento Médico Forense por el tribunal respecto a la dolencia que padece la amparista y si el tratamiento aconsejado por el médico tratante es el adecuado para la patología en cuanto a terapia recomendada y tiempo de duración de la misma en informe corriente de fs. 106 suscripto por el Dr. Manuel Mahler se expresa que la menor es portadora de una trisomía del cromosoma 21 o Síndrome de Down padeciendo trastornos motrices, incontinencia de esfínteres con episodios convulsivos, tendencia al autismo, trastornos en el habla



y de comunicación con el entorno afirmando que es un caso severo dentro de la patología por lo que tratamientos tales como estimulación psicomotriz temprana, fonoaudiológico y de terapia ocupacional son imprescindibles para mejorar sus posibilidades de reinserción social y calidad de vida. Habitualmente -continúa- estos tratamientos se realizan durante un tiempo prolongado, siendo muy necesario que en los primeros años de vida y hasta aproximadamente los 8-10 años se los hagan en forma frecuente y llegada a esa edad deben evaluarse los logros obtenidos y la necesidad y frecuencia con que se deben continuar considerando en definitiva que el tratamiento aconsejado por su médico es el adecuado para dicha patología.

VI) Corrida la pertinente vista al Ministerio Pupilar interviniente en el bien fundado dictamen corriente de fs. 107/111vta. el defensor de pobres y menores nº 5 -Dr. Gregorio Martinez- se expide por la procedencia de la acción propulsando que se ordene a la demandada el cumplimiento inmediato y gratuito de las prestaciones médicas asistenciales reclamadas en el promocional en pos de hacer cesar la vulneración de los derechos de la menor de parte de la obra social demandada.

VII) En virtud a las razones y fundamentos que seguidamente se expondrán adelanto el favorable andamiento que cabrá acordar al amparo planteado.

En primer lugar, debe decirse que no se encuentra controvertido en autos la discapacidad que padece la hija menor de edad de la amparista -a mayor abundamiento ver certificado nacional de discapacidad donde consta la incapacidad mental grave por Síndrome de Down de M. A. G. en fs. 1- como así la condición de afiliada a la obra social demandada de su progenitora -ver carnet de afiliación de la titular -fs. 2- e igualmente la de adherente beneficiaria de aquella según constancias de fs. 3.

Ello torna de aplicación a la especie la referida ley 24.901 -B.O 5.12.1997- que 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 estableciendo además que las obras sociales -art. 1 ley 23.660- tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura



"total" de las prestaciones básicas en ella enunciadas sea mediante servicios propios o contratados y que dicha cobertura integral en rehabilitación se deberá brindar con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuera menester por el tiempo y las etapas que cada caso requiera deviniendo la amplitud de las prestaciones allí previstas ajustadas a su finalidad que no es otra que lograr la integración social de los discapacitados y su inserción en el sistema de prestaciones básicas utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios -cftr. arts. 1, 2, 6, 11, 12 , 15 , 23 y 33 de la precitada ley nacional de discapacidad-.

A los fines de responder la defensa ensayada por la obra social demandada respecto al necesario agotamiento del trámite administrativo previo celebrado ante la misma como condición inicial para poder plantear la acción de amparo, debe decirse como reiteradamente lo tiene dicho el organismo constitucional de alzada que las vías alternativas acá no resultan útiles para la protección del bien jurídico tutelado por cuanto la patología de la menor no tolera el sometimiento a vicisitudes administrativas, económicas o comerciales sin riesgo de traer aparejado graves consecuencias al estar en juego la salud y por su consecuencia la vida de la menor habida cuenta de que nos encontramos frente a aquellos derechos humanos de los denominados de tercera generación incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante pactos constitucionalizados vía art. 75 inc. 22 C.N. con manifiesta supremacía constitucional incluso por encima del derecho interno (Ver Sala Penal y Constitucional del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de E. Ríos entre tantos otros in re "H., S. A. y otro en rep. de su hijo menor R., J. N. c/SGPER y Secretaría de Salud s/Acción de Amparo" del 7.4.2006).

Respecto a la circunstancia alegada por la accionada de no resultar aplicable la antes relacionada ley nacional de discapacidad a los afiliados al I.O.S.P.E.R dado su carácter de obra social provincial debe recordarse que como también lo tiene dicho el tribunal antes citado si bien nuestra provincia no sancionare una norma adhiriendo al cuerpo normativo nacional no debe olvidarse que aun antes de la reforma constitucional de 1994 ya se consideraba el derecho a la vida y a la salud como garantía innominada derivada del art. 33 de la Constitución Nacional -ver Susana Albanese en LL 1991-D-77- más allá de que con el plexo de instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la C.N. por la reforma aludida, fueran elevados a la jerarquía constitucional que más arriba aludiera por lo que la situación planteada por la amparista encuentra sustento en la



precitada normativa asistiendo así el derecho que peticiona de recibir la cobertura íntegra que demande la rehabilitación de su hija por todo el tiempo que fuera necesario a criterio de los profesionales tratantes y hasta su restablecimiento total (ver igualmente Sala Constitucional y Penal en "G., M. E. por si y en nombre y representación de su hijo menor J. F. M. G. c/IOSPER s/Acción de Amparo" del 3.10.2005, "L., H. A. y otra c/IOSPER s/Acción de amparo y medida cautelar de innovar" del 17.12.2004, "N., E. C. por si y por su hijo menor F. J. c/IOSPER s/Amparo" del 30.5.2006 y tribunal constitucional de ferias en "M., R. F. c/IOSPER" del 30.12.2004).

Más aún, tiene también dicho el máximo órgano judicial de la provincia que el régimen del Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos establecido por la Ley 5326, determina la obligatoriedad de sometimiento a la misma de todos los remunerados activos y pasivos estatales (art. 3º) y, 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 5326/73 de lo cual se deriva como contrapartida la imposición de mayores obligaciones al instituto prestador, acorde con la cautividad impuesta a sus afiliados por el precitado art. 3º por cuanto 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.

Por lo que las exigencias impuestas a una Obra Social que tiene ligados a ella obligatoriamente a sus destinatarios son más severas que las que cabe admitir en las que existe libertad asociativa, ya que estas últimas autorizan periódicamente el cambio de ente prestacional que tutela el derecho del afiliado permitiéndole 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 protectoria 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 del afiliado (Cftr. Sala Constitucional y Penal ya citada in re: "Silvestri de Mac Rae", del 11.4.2002; "Ballejos", del 31.3.2003; "Pascucciello", del 20.9.2006).

En función de lo anteriormente expresado es que la pretensión del IOSPER de abonarle un 50% al responder la demanda o bien un 80% de ciertas prestaciones según lo aconsejan en sus dictámenes las gerencias prestacionales y médicas en el -aún inconcluso por falta de la debida resolución de la obra social- trámite administrativo que da cuenta la documental por ella misma adjunta a fs. 103 deviene francamente inadmisibles porque la obra social es garante frente a sus afiliados de su correcta atención al estar por ley obligada a proporcionarlo asumiendo la responsabilidad directa de brindar la necesaria cobertura médica al paciente lo cual lleva implícito un deber tácito de seguridad de carácter general que requiere la preservación de la salud y la legislación específica que dicta el Ministerio de Salud a través de la Superintendencia de Servicios de Salud están diseñadas para regular la relación entre el Estado y la Obra Social encontrándose ésta obligada frente al afiliado en forma total o integral a brindar la asistencia que requiere según sea la discapacidad que padezca (Cftr. igualmente precitado tribunal in re "M., O. en representación de G. c/OSFATLF s/Acción de Amparo" del 10.5.2005).

Así las cosas en un todo de conformidad a los antecedentes documentales colectados en autos, lo dictaminado por el Médico Forense interviniente y el conjunto de normas de raigambre supranacional, constitucional y de origen legal aplicables según lo refiriera anteriormente imponen que en respuesta al interrogante formulado al comienzo propicie al acuerdo -tal como así lo solicitara el representante del Ministerio Pupilar en anuente dictamen- hacer lugar a la pretensión amparista y condenar a la obra social demandada se haga cargo del 100% de la cobertura



necesaria para el tratamiento de la afección que padece la menor M. M. A. -Síndrome de Down- según le fuera prescripto por su médico tratante -ver fs. 15/16- y avalada por el médico forense consistentes en TRES sesiones semanales de Kinesiología, TRES sesiones semanales de Terapia Ocupacional, CUATRO sesiones semanales de Fonoaudiología, el costo de la inscripción y cuotas mensuales de la Escuela Especial Privada nº 17 ARID todo según valores adjuntos por la amparada hasta que la menor alcance los diez años de edad cuando deberán evaluarse los logros obtenidos, necesidad y frecuencia de realizarlos según así fuera expuesto en el dictamen médico legal de fs. 9 bajo el expreso apercibimiento de que la renuencia a cumplimentarlos por parte de la accionada dará lugar a las responsabilidades civiles y penales pertinentes como asimismo al embargo de las rentas disponibles para sufragar el costo del precitado tratamiento, todo ello con el cargo de las costas del juicio a la accionada vencida -art 20 LPC-.

Así voto.

A igual cuestión propuesta, el Sr. Vocal Dr. Jorge Luis Gambino, dijo: Que se adhiere al voto del Sr. Vocal preopinante.

A idéntica cuestión, el Sr. Vocal Dr. Juan Ramón Smaldone, dijo: Que se adhiere al voto de los Sres. Vocales, Dres.: Ricardo Italo Moreni y Jorge Luis Gambino.

Con lo que quedó conformada la siguiente sentencia:

SENTENCIA:

CONCORDIA, 8 de mayo de 2007.

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:



I) HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO deducida a fs. 34/39; en consecuencia CONDENAR al Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (I.O.S.P.E.R.) se haga cargo del 100% de la cobertura necesaria para el tratamiento de la afección que padece la menor M. M. A. -Síndrome de Down- según le fuera prescripto por su médico tratante, y avalada por el médico forense consistentes en TRES sesiones semanales de Kinesiología, TRES sesiones semanales de Terapia Ocupacional, CUATRO sesiones semanales de Fonoaudiología, el costo de la inscripción y cuotas mensuales de la Escuela Especial Privada nº 17 ARID todo según valores adjuntos por la amparada hasta que la menor alcance los diez años de edad cuando deberán evaluarse los logros obtenidos, necesidad y frecuencia de realizarlos según así fuera expuesto en el dictamen médico legal de fs. 9 bajo el expreso apercibimiento de que la renuencia a cumplimentarlos por parte de la accionada dará lugar a las responsabilidades civiles y penales pertinentes como asimismo al embargo de las rentas disponibles para sufragar el costo del precitado tratamiento, CON COSTAS del juicio a la accionada vencida -art. 20 LPC-.

II) REGULAR el honorario profesional devengado por la actuación letrada en la presente acción de amparo al Dr. J.L. M., PESOS (...) (\$...) y Dr. E. J. D. V. PESOS (...) (\$...), arts. 3, 5, 12, 30,32, 63 y 91 de la ley 7046.

REGISTRESE, y notifíquese.

FIRMADO: DRES. MORENI.GAMBINO.SMALDONE