

///MA, 6 de octubre de 2010.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "ERRECALDE, CARLOS ALBERTO S/AMPARO" (Expte.Nº 24824/10-STJ-), puestas a despacho para resolver, y- - - - -

- - - - -CONSIDERANDO:- - - - -

-----A fs. 1/68, el doctor Pedro Francisco Casariego, apoderado del Sr. Carlos Alberto Errecalde interpone acción de amparo contra el obrar omisivo y arbitrario del Instituto Provincial del Seguro de Salud –I.PRO.S.S.-, a efectos que se ordene la plena cobertura del costo total e integral de las prestaciones básicas médicas y de la rehabilitación neurológica especializada, más el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento de su representado; cuyo diagnóstico es secuela de osteomielitis vertebral, conforme copia de certificado de discapacidad.- - - - -

-----Sostiene que debido al incumplimiento, en el corriente año y desde que se le otorgó el certificado de discapacidad, su pupilo con su familia debieron solventar dichas erogaciones, alcanzando la suma de pesos ciento cuatro mil trescientos cuarenta, con cuarenta y ocho centavos (\$104.340,48). Agrega que ello ha determinado la pérdida de los ahorros familiares y que actualmente resulta de imposible continuidad solventarlas.- - -

-----Indica que, en fecha 25/08/10, presentaron al I.PRO.S.S. una nota intimando a que, en el plazo de 48 hs., cumpla con el cronograma de rehabilitación en internación domiciliaria indicado por el médico especialista (obra copia a fs. 13). Agrega que al no recibir respuesta alguna, recurre a esta vía ante el grave e inminente peligro a la salud al que se expone su representado si no se le efectúan de inmediato las prestaciones que se reclaman.-

-----Describe el padecimiento del Sr. Errecalde, al cual se le otorgó el certificado de discapacidad y enfatiza que el I.PRO.S.S. debe cubrir la totalidad de los gastos del tratamiento conforme los derechos constitucionalmente reconocidos y expresamente garantizados por los Tratados internacionales más los antecedentes jurisprudenciales que cita en su aval.- - - -

-----A fs. 84/169 el Presidente del I.PRO.S.S., presenta informe, con copia certificada del expediente administrativo Nº 143898-S-2010 caratulado "Reintegro Rehabilitación –AF. E., C."; de allí surge que se dictó (fs. 158/159 expte. actual) la Resolución Nº 361, de fecha 25/06/10, por la cual se resuelve otorgar reintegro por la suma de \$26.764,83 al

Sr. Errecalde en concepto de honorarios médicos.- - - - -

-----A fs. 171/172, el amparista al contestar traslado conferido sostiene que se incumplen las Leyes Provinciales D N° 2055, D N° 3467, la Ley 24901 y la jurisprudencia de ese Tribunal, en cuanto a que las prestaciones de discapacitados, deben ser cubiertas en forma total e integral. Señala que el I.PRO.S.S. recién en fecha 17/09/10 reintegró una parte de lo gastado, solicitando el pago de la diferencia y de la totalidad de la documentación presentada para reintegro que el requerido no la ha adjuntado. Por último, solicita que se haga lugar a la acción. - - - - -

-----A fs. 173, se corre vista a la Procuración General, cuyo dictamen luce a fs. 174/180. Allí, la Dra. Liliana Piccinini sostiene que la cuestión debe resolverse a las luz del principio rector que al respecto fija nuestra Constitución Provincial, sumado a la normativa que regula sobre protección integral del discapacitado, como así también por las previsiones del art. 43 del citado cuerpo legal y la doctrina del S.T.J. en su interpretación y aplicación. Destaca que la Obra Social Provincial debe garantizar el sostenimiento y protección integral de la salud de los empleados públicos rionegrinos. Cita el art. 59 de la Constitución Provincial, la Ley K 2753 que crea el I.PRO.S.S. y el precedente “Arias” que considera aplicable a autos.- - - - -
- - - - -

-----En su opinión, ha sido desacertada la “sugerencia” realizada por el Secretario General Técnico del I.PRO.S.S. Dr. Sergio Wisky, al proponer el sistema de reintegro por una suma porcentual y no integralmente. Agrega que del mismo modo, corresponde el señalamiento de las consideraciones realizadas a fs. 150/151 expte. actual, por la Auditora Médica Dra. Marigual, en el sentido que “no consta indicación del médico de cabecera que debe ser internado en centro Fleni (no prestador) de prov. de Bs. As.” Al respecto, destaca que la profesional soslayó o no advirtió la existencia de la solicitud que obra en el expte. administrativo, conforme copia obrante a fs. 94 expte. actual, dirigida al Sr. Auditor del IPROSS por el Dr. Diego Maurizi, infectólogo del Hospital Municipal de Agudos de Bahía Blanca, de fecha 7/02/2010 por la cual solicita la posibilidad de otorgar traslado en avión al paciente Errecalde para que continúe su rehabilitación en Fleni Escobar. Constancia en la que de puño y letra se asentó: “Se autoriza vuelo sanitario B. Blanca. C. Federal. Cobertura 80%.” con firma ilegible y sello del Dr. Remigio Luis Romera. Puntualiza que la autorización del vuelo sanitario

con tal destino convalidaba la autorización para efectuar la rehabilitación en el Instituto Fleni. - - - - -

-----Concluye que se debe hacer lugar al amparo impetrado por el apoderado del Sr. Carlos Errecalde, ordenando al I.PRO.S.S. la cobertura integral (100%) de las prestaciones solicitadas.- - - -

-----Pasando a considerar la acción incoada, coincido con el dictamen de la Sra. Procuradora General y adelanto que debe hacerse lugar a la acción de amparo interpuesta.- - - - -

-----En oportunidad de emitir el voto conjuntamente con mi distinguido colega, Dr. Alberto I. BALLADINI, en el precedente "MATAR, SILVIA ELENA s/AMPARO s/APELACION", SENTENCIA N°119/08, adelantamos nuestra opinión respecto a que en el caso correspondía mantener la decisión del Tribunal de amparo, en coincidencia con lo expuesto por este STJ. en Sentencia N° 94 del 24 de septiembre de 2.008, en los autos caratulados: "ARIAS, SILVIA ALEJANDRA s/AMPARO (I.PRO.S.S.) s/APELACION", que decidió adecuar la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia a los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como a la doctrina que sobre la materia se ha desarrollado. Del mismo modo, considero que lo allí expuesto y reiterado en el precedente "FIGUEROA LUZ MARIELA Y RUZZI ROBERTO CARLOS EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJA MENOR R.M.S. C/ PROVINCIA DE RÍO NEGRO(INSTITUTO PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD) S/AMPARO S/APELACIÓN", Se.17/09 resulta aplicable a la situación planteada en autos, criterio que fuera también reiterado en las actuaciones caratuladas: "ORTIZ JUAN CARLOS Y CISTERNA, YANET NOEMI S/AMPARO S/APELACION", Se. 66/2010 y en los autos "ZIJLSTRA, SILVIA LAURA S/ RECURSO DE AMPARO S/APELACIÓN",Se. 67/2010" donde se sostuvo que resulta aplicable la ley 24901 al I.PRO.S.S, atento a que se trata de una Obra Social del Estado provincial de afiliación obligatoria para todos los empleados públicos. Por otra parte, se tuvo en cuenta el especial tratamiento de protección de personas discapacitadas en la Constitución Provincial previsto en los arts. 36 y 59.- - - - -

-----En el precedente "ARIAS", se dijo que: en materia de discapacidad el derecho internacional refleja los múltiples compromisos del Estado, algunos de ellos mencionados en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha

28-8-2007 ("C. P. de N., C. M. A. y otros v. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas").- - - - -

----[...] La Corte reiteró la obligatoriedad de hacer cumplir los compromisos internacionales del Estado y el carácter de política pública del Estado: "La atención y asistencia integral de la discapacidad -con sustento en las leyes 24431 y 24901, en el decreto 762/1997 y en los compromisos asumidos por el Estado Nacional- constituye una política pública de nuestro país. - - -

----[...] Las características que el legislador ha otorgado al sistema de la Ley N° 24901 son: a) un sistema de prestaciones básicas, pero de atención integral; b) la cobertura de esas prestaciones será integral, es decir, al 100%; c) los objetivos del sistema son múltiples: prevención y promoción (sobre todo a cargo del Estado, pero también de las obras sociales y prepagas por el art. 5 de la ley) y asistencia y protección de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.- -

-----Los alcances del concepto de "rehabilitación" de la Ley N° 24901 exceden ampliamente lo meramente relacionado con la salud, de conformidad con la perspectiva de derechos humanos que ha desplazado al "modelo médico" y que ha fraguado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.- - - - -

-----En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera.-

-----Rosales, estima que la Corte Suprema de Justicia al referirse al art. 28, Ley N° 23661 está resolviendo el caso puntual puesto a su consideración (cuyo objeto son prestaciones de salud); por lo que no puede interpretarse que el tribunal se circunscribe a ellas (descartando las prestaciones educativas y/o de rehabilitación), pues ni por la lectura literal ni por la vía de la exégesis puede llegarse a esa interpretación.- - - - -

-----Laura Clérico y Sebastián Scioscioli, en comentario al fallo de la Corte Suprema del 28 de agosto de 2007 ("CEMIC") en el artículo "El derecho a la salud de las personas con discapacidad y el impacto del derecho constitucional internacionalizado en la regulación de las actividades de las prepagas: el caso \CEMIC\" (Conforme SJA 2 de abril de 2008; Lexis 0003/013773 ó 0003/013776 ó 0003/013775), señalan que "La cuestión en el caso "CEMIC" era para la mayoría de la Corte determinar si las empresas de medicina prepaga debían hacerse cargo de las prestaciones que surgían de la ley 24901 en virtud de la interpretación del art. 1, ley 24754, que establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como

mínimo, las mismas prestaciones que resultaren obligatorias para las obras sociales. La Corte Suprema por mayoría decidió que las entidades de medicina prepaga debían cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resultaren obligatorias para las obras sociales.- - - - -

-----Así, el derecho a la salud se encuentra explícitamente formulado en los arts. 41 (referido al medio ambiente), 42 (aunque en un contexto particular de la relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75, incs. 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) y 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos de las personas con discapacidad, entre otros).- - - -

-----Asimismo, la Corte ha expresado frecuentemente que este "derecho a la vida y a la preservación de la salud" se encuentra también reconocido en los arts. 14 y 14 bis, 18 y en especial, 19 y 33, CN.. Respecto de estos dos últimos, la Corte ha señalado en el caso "Asociación Benghalensis" (Fallos 323:1339) que "la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal -consagrada en el art. 19, CN. (LA 1995-A-26)-".- - - -

-----En esta línea, continúa expresando que el derecho a la vida resulta ser un derecho implícito, puesto que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente en la Constitución requiere necesariamente de éste, y se ha detenido en el derecho a la salud asociándolo íntimamente con el principio de autonomía recientemente señalado, toda vez "que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida". También en otros fallos de la Corte se han formulado relaciones entre el bienestar general y el derecho a la vida, asumiendo que aquél debe computar con prioridad indiscutible la preservación de la salud. En varios de estos casos mencionados se asocia el derecho a la vida con los fundamentos jurídicos que sirven para la protección del derecho a la dignidad de la persona (casos "Hospital Británico" y "Campodónico") y la protección de la integridad física (caso "Etcheverry").- - - - -

-----La segunda fuente reconoce jerarquía suprallegal; particularmente resulta aplicable en el tema de análisis la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. Sus objetivos son "...

la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad".- - - - -

-----La tercera fuente es de jerarquía legal y se vincula con el complejo y desarticulado entramado de las leyes referidas al sistema de salud en general y a la discapacidad en particular. En este sentido, el marco general se encuentra previsto por las Leyes N° 23660, N° 23661 y N° 24901.- - - - -

-----Asimismo, el precedente "ARIAS", se hizo referencia a las Leyes D N° 2055, D N° 3467 y D N° 4109, siempre bajo el paradigma del art. 59 de la Constitución Provincial en cuanto "La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana".- - - - -

-----El derecho a la salud establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC.) determina para los Estados, por lo menos, tres tipos de obligaciones: de "respetar", "proteger" y "garantizar". Si un Estado establece un sistema de organización de la prestación de servicios de salud mixto, en parte público y en parte privado, como parece ser el argentino, tiene obligaciones aun respecto de las relaciones que se generan entre particulares (usuarios y prepagas).- - - - -

-----La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema (cf. "Passero de Barrera" LL 3-10-2007). Esta regla tiene su origen en el caso "Policlínica" (Fallos 321:1684, JA. 1999-III-337), termina de precisarse en el caso "Campodónico" (Fallos 323:3229, JA. 2001-I-464) y se reitera en "Monteserín" (Corte Sup., 16-10-2001, Fallos 324:3527), "Orlando" (Corte Sup., 4-4-2002, Fallos 325:519), "Neira" (Corte Sup., 21-8-2003, Fallos 326:2906), "Martín" (Corte Sup., 8-6-2004, Fallos 327:2291) y muchos casos más, entre ellos "Díaz, Brígida" (Fallos 326:970), "Sánchez, Norma" (Corte Sup., 8-6-2004). En todos ellos la Corte remarca que el Estado Nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga). Máxime cuando todas ellas participan de un mismo sistema sanitario, y dado que es el Estado Nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos.- - -

-----En el supuesto de las entidades que no puedan dar adecuada tutela asistencial,

entonces se debe prestar preferente atención a las necesidades derivadas del derecho de las personas con discapacidad (Fallos 323:3229 , consid. 33).- - - - -

-----Es decir, no basta con que el Estado "respete". Pues se trata de "un grupo tan vulnerable y desfavorecido [que] la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente".- - - - -

- - -

-----Por último, estas obligaciones de protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad son impostergables y no admiten como razón justificatoria la escasez de recursos.- - -

-----[...] Por ello las razones de la Ley N° 23661, a la que remite la Ley N° 24754, se relacionan con los derechos de toda persona "al disfrute del más alto nivel posible de salud..." y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia...", enunciados en el PIDESC. (arts. 12.1 y 11.1, con jerarquía constitucional; y 75, inc. 22, CN.; cf. Corte Sup., 28-8-2007, "CEMIC").- - - - -

-----Atento los fundamentos esgrimidos en "ARIAS", citados también en autos "MATAR", corresponde también enfatizar aquí, del modo en que se hiciera en "FIGUEROA", que actualmente están vigentes dos Convenciones sobre Discapacidad: la Convención Interamericana (para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporado al derecho interno por la ley 25.280) y en el mes de mayo de 2008 la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad, se incorpora al derecho interno de nuestro país mediante la Ley N° 26.378.- - - - -

-----La Provincia de Río Negro ha adherido al sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de los discapacitados, instituido mediante la ley 24901 art. 1° a través de la ley D 3467. El art. 2 de la ley 24901 -"Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad"- en la parte que aquí interesa dispone que ... tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a la misma, referidas en el Capítulo V.- - - - -

-----La ley 24901 indica en su art. 15: que se entiende por prestaciones de rehabilitación aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que un persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera. El caso de autos, se enmarca en este supuesto. - - - - -

-----Asimismo la ley D 2055 en su art. 30 dispone que la Obra social debe garantizar a todos sus beneficiarios dentro del otorgamiento de las prestaciones médico-asistenciales básicas, las que requiera la rehabilitación de las personas con discapacidad. Tal criterio debe promoverse en toda obra social, mutual servicios sociales, etc. Creados o a crearse que reciban aportes del Estado. - - - - -

-----Por otra parte, el Decreto N° 52/87 estableció en su art. 1° declarar de interés provincial y de cumplimiento prioritario la elaboración, coordinación y ejecución de las políticas provinciales de promoción y asistencia del discapacitado, que resulten de la aplicación de la Ley D N° 2055 y de dicha reglamentación.- - - - -
- - - - -

-----La CSJN en autos “Cambiaso Perez de Nealón celia M. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas” - 2007-08-28 (pub. LL 05-09-2007)la mayoría hizo lugar a una acción de amparo presentada por padres de un menor de edad, con parálisis cerebral en la que reclamaron la cobertura del 100% de medicamentos necesarios para atender a la menor, a una entidad de medicina prepaga encuadrada en la ley 24.754. De allí surge que la ley 24.901 tiene vocación universal, no solo alcanza a las entidades enunciadas en el art. 1° de la ley 23660 sino a toda otra entidad creada o a

crearse que no encuadrándose en la numeración precedente tenga como fin lo establecido en la ley, incluyendo a las entidades de medicina prepagas. - - - - -

-----En fecha 18-11-2008 la Cámara nacional de Apelaciones en lo Contencioso Adm. Federal Sala III en “Federación Médica Gremial de la Cap. Federal” (FEMEDICA) c/ DNCI-Disp 1270/03; pub. DJ 04-02-09, 206) confirmó así la sanción impuesta por la Dirección nacional de Comercio interior a una empresa de medicina prepaga por infracción al art. 19 de la ley 24240, en razón del incumplimiento de la prestación del servicio médico con relación a un afiliado con discapacidad, en cuanto le negó medicación farmacológica para un tratamiento de esquizofrenia paranoide. Contra este pronunciamiento la empresa interpuso el Recurso Extraordinario Federal, el que fue concedido. La CSJN por mayoría declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del CPCC. - - - - -

-----La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Com. Federal, Sala I, en “R.M.C. c/INSTITUTO DE OBRAS SOCIALES DEL EJERCITO” (LL 23-05-08 – 7-LL 2008-C 493) en fecha 28-02-2008, en el marco de una acción de amparo el a quo ordenó a la Obra Social a proveer, con carácter de cautelar la cobertura total del gasto que insuma al discapacitado la jornada doble en un centro de formación laboral, apelada a la Cámara se confirmó dicha resolución, habida cuenta que la ley 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. - - - - -

-----En función de lo ya expuesto, resulta aplicable la ley 24901 al I.PRO.S.S., atento a que se trata de una Obra Social del Estado provincial de afiliación obligatoria para todos los empleados públicos. Por otra parte, se tiene en cuenta el especial tratamiento de protección de personas discapacitadas en la Constitución Provincial previsto en los arts. 36 y 59.- - - -

-----Por los fundamentos dados, corresponde hacer lugar a la acción de amparo impetrado por el Apoderado del Sr. Carlos Errecalde, ordenando al I.PRO.S.S la cobertura integral del 100% de las prestaciones básicas médicas y de la rehabilitación neurológica especializada, más el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento de su representado. Con costas (art.68 CPCyC.).- - - - -
- - -

-----Por ello:

EL SEÑOR PRESIDENTE

DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

DOCTOR VICTOR HUGO SODERO NIEVAS

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar a la acción de amparo impetrado por el apoderado del afiliado señor Carlos Errecalde, ordenando al I.PRO.S.S la cobertura integral del 100% de las prestaciones básicas médicas y de la rehabilitación neurológica especializada, más el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento de su representado.

Con costas (art.68 CPCyC.).- - -

Segundo: Regular los honorarios profesionales del doctor Pedro Francisco Casariego en la suma de Pesos DOS MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO (\$ 2.145).(equivalentes a 15 Jus, art.36 Ley de Aranceles G N° 2212). Notifíquese al Rte.de la Caja Forense y cumplase con los aportes previstos por la Ley D N° 869.- - - - - Tercero:

Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.- - -

Fdo.:VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA ANTE MI: GUSTAVO GUERRA LABAYEN SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO II SENT. NRO. 97 FOLIO 716/727 SEC. NRO. 4