Trelew, agosto de 2023.-

AUTOS Y VISTOS: Las presentes actuaciones caratuladas: “M., M. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ acción de amparo”, en trámite por ante esta Cámara de Apelaciones en condición de tribunal unipersonal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1, último párrafo de la ley V N° 180, venidas a despacho a fin de dictar sentencia, de las que,

RESULTA: I.- Que a fs. 13/22 vta. se presenta N. N. M., en representación de su madre M. M. -ver copia de poder de fs. 02/03 vta.-, con el patrocinio del Dr. R. M. L., promoviendo acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Pcia. del Chubut (obra social SEROS), a fin de que se brinde a la Sra. M. la cobertura al 100% de la internación psico-geriátrica en la institución P. L. con todas las prestaciones que ésta brinda de acuerdo a su patología y discapacidad por reducción severa de agudeza visual de ambos ojos, maculopatía, trastornos motores, cognitivos, demencia senil avanzada, incontinencia urinaria, hipoacusia, rigidez muscular con pérdida de masa muscular, rigidez mental, descenso de la capacidad atencional, ejecutivas y del lenguaje, bradipsiquia, disartria con fluidez verbal disminuida y bradiladia, entre otras afecciones. Agrega que por tales patologías su madre requiere atención y acompañantes, medicamentos e insumos para su tratamiento prescriptos por sus médicos tratantes como todos aquellos que se indiquen en el futuro, citando la normativa que ampara la pretensión.-

En cuanto a la legitimación activa hace referencia a su partida de nacimiento y al poder especial otorgado a su favor. Con relación a los antecedentes destaca que su madre es afiliada a la obra social demandada, presenta certificado de discapacidad, cuenta con 88 años de edad y padece discapacidad en virtud de las afecciones y patologías enunciadas en el párrafo anterior. Añade que para su atención se necesita un equipo interdisciplinario durante todo el día e internación para su asistencia permanente especializada, intensiva y personalizada, conforme a lo manifestado por los médicos tratantes. Agrega que el 23/05/23 requirió a la obra social la cobertura del 100% de la internación de su madre en la residencia para tercera edad P. L. de Playa Unión dado que se encuentra incapacitada para vivir autónomamente desde hace varios años, habiendo recurrido a la incorporación gradual de cuidadoras como a frecuentes internaciones breves en el Hospital de Rawson, mas ante el agravamiento de su estado de salud se hizo imposible cualquier tipo de atención en su domicilio, lo que la condujo a la necesidad de internarla en la residencia mencionada, donde se ha mejorado su calidad de vida.-

Resalta que su atención demanda de personal calificado las 24 horas, atención médica clínica y psiquiátrica, acompañamiento terapéutico, kinesiología e insumos para su

bienestar como pañales, espacios acondicionados para su higiene y desplazamiento, como así también medicación y alimentación especial. Indica que salvo descuentos parciales en medicamentos establecidos para la totalidad de los afiliados, ninguna de estas necesidades está siendo cubierta por la demandada. Relata que luego de diversas entrevistas con profesionales y autoridades de la obra social, obtuvo una negativa verbal a su solicitud por los empleados de asistencia social como de salud mental, habiendo manifestado que sólo le pueden otorgar un subsidio para colaborar con la internación, o que sea afrontada con los ingresos de su madre o del grupo familiar por cuanto SEROS no cubre el servicio de internación y asistencia profesional de 24 horas. Describe la indignación que le provoca el deambular por los pasillos de la demandada a fin de reclamar la cobertura para su madre, y ante la negativa de cobertura de la internación solicitada por los médicos tratantes y contando con certificado de discapacidad, expresa que no le queda otra opción que recurrir a esta vía judicial, indica que la prestación solicitada asciende a la suma de $ 443.610 sólo en concepto de internación, a lo que debe sumarse el costo de los medicamentos que abonan con los descuentos ordinarios vigentes.-

Seguidamente se explaya con relación a los derechos constitucionales que entiende vulnerados, básicamente el derecho a la salud, a la vida, a la preservación de la salud, refiere al principio de progresividad y a la obligación de la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, en el caso, internación en institutos especializados con atención integral, prestaciones de asistencia domiciliaria y terapias de rehabilitación, de acuerdo a lo dispuesto por la ley 24901. Luego se refiere a los derechos de las personas con discapacidad, con especial referencia a los artículos de la ley 24901, así como de la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la ley 23661.-

A continuación se refiere a la procedencia de la acción de amparo, con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional, entendiendo que se presentan las circunstancias de ilegalidad y arbitrariedad manifiestas en la negativa a brindar la cobertura requerida, citando jurisprudencia al respecto. Agrega que no existe otra vía judicial más idónea que la acción de amparo, solicita como medida cautelar urgente que se ordene la cobertura del 100% del pago de internación, de los gastos por medicamentos y de gastos por compra de insumos como pañales y apósitos, que requieren los médicos tratantes. Ofrece prueba, funda su derecho, efectúa la reserva del caso federal y culmina con el petitorio de estilo.-

2) A fs. 24/25 se declara la admisibilidad preliminar de la acción de amparo y se fija audiencia a fin de que comparezcan ambas partes. A fs. 29/30 vta. obra el dictamen de la Asesoría de Familia con relación a la medida cautelar (ID 1152957). A fs. 32 luce el acta

de la audiencia establecida, con la comparecencia de la actora y de la Asesora de Familia, no habiendo concurrido la accionada. A fs. 37 (ID 1156249) se presenta la demandada a través de sus apoderados, Dres. M. J. R. C. e I. L. -ver copias de poderes a fs. 33/36-.-

A fs. 40/43 vta. se hace lugar a la medida cautelar ordenándose a la demandada a que otorgue la cobertura integral (100%) de la internación psicogeriátrica en la residencia de tercera edad “P. L.” de la Sra. M. M., a valores que la obra social reconoce a otros establecimientos psicogeriátricos del VIRCH, o en su caso, a los valores establecidos en el Nomenclador de la Ley Nacional de Discapacidad, o del que surja del promedio que se abona a otros establecimientos en el VIRCH, debiendo ser efectiva la cobertura de manera directa y no vía reintegro, con más todas las prestaciones que ésta brinda y exige su cuadro de salud y discapacidad, atención médica, asistencial, así como también los medicamentos y compra de insumos necesarios prescriptos para el tratamiento.-

A fs. 49/51 (ID 1164270) la accionada contesta demanda, efectuando una negativa particular de la atribución de haber lesionado, restringido o amenazado derechos y garantías constitucionales. Considera que no se presentan los presupuestos para la procedencia de la acción de amparo ya que su parte no incurrió en lesión o restricción con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas del derecho a la salud de la amparista. Agrega que no es cierto que se hubiera negado a la actora prestaciones de salud, circunscribiéndose el reclamo a quién afronta el pago del alojamiento en la residencia geriátrica elegida por su hija. Entiende que el término “internación psico-geriátrica” es un término inventado para disimular la realidad, ya que no existe como prestación, pretendiéndose que la obra social abone el servicio de hotelería, ya que las prestaciones de salud relacionadas con la patología de la amparista se vienen brindando en su vivienda particular.-

Seguidamente contesta la demanda, señalando que se otorga a la actora la cobertura al 100% de los servicios de asistencia y prestaciones que su estado de salud requiere, al igual que con los medicamentos relacionados con su patología de base y que son prescriptos por los médicos tratantes dentro del módulo de internación domiciliaria. Es así que concluye que todo se reduce a una cuestión crematística, ya que la hija decidió alojar a su madre en la residencia P. L., habiendo dejado inconcluso el trámite por ante la obra social, sustrayéndose al procedimiento normal y habitual, tramitando rápidamente el certificado de discapacidad e iniciando el amparo a fin de sustraerse a la generalidad de los afiliados. Cita el art. 18 de la ley 24901 en apoyo de su postura, destacando que la prestación asistencial como la residencia aquí reclamada puede ser otorgada de forma excepcionalísima cuando las circunstancias así lo requieran, para lo cual no debe existir un grupo familiar o que el mismo exista pero que no sea continente. Expresa que la Sra. M. cuenta con un grupo familiar continente, ya que mantiene un contacto fluido con su hija y

con recursos suficientes para afrontar la cobertura, tal como lo viene haciendo hasta ahora. Añade que la familia ha elegido alojar a la madre en una residencia geriátrica por una cuestión de comodidad y logística, siendo más cómodo desentenderse del cuidado de la misma y dejarla a cargo de terceros, pudiendo disponer de una vivienda que queda deshabitada y de los ingresos que M. ya no precisará. Alude a que no discute el derecho de la opción elegida, mas ello no puede implicar que el costo de la elección recaiga en la obra social. Reitera que la amparista podría estar perfectamente atendida en su vivienda, ofreciendo a la actora que de los haberes que por todo concepto percibe la Sra. M., su parte retenga el 80% de los mismos a fin de destinarlos al pago de la residencia geriátrica, y la obra social se haría cargo del remanente en carácter de subsidio. Entiende que es la solución más justa y razonable, siendo un mecanismo que viene aplicando el PAMI para hacer frente a los deseos del grupo familiar con un criterio más social de justicia y razonabilidad. Funda en derecho, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y culmina con el petitorio de estilo.-

A fs. 60 se dispone no abrir la causa a prueba. A fs. 62/vta. obra el dictamen de la Asesoría de Familia (ID 1184740). Finalmente a fs. 63 se llaman los autos para sentencia.-

Y CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el art. 54 de la Constitución Provincial dispone la procedencia del amparo cuando en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen derechos o garantías constitucionalmente reconocidos, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, términos básicamente reproducidos por el art. 3 de la ley V N° 84. Siguiendo a Sagüés (Derecho Procesal Constitucional, Acción de amparo, Ed. Astrea, 1995, Tº 3, págs. 110/114), se ha interpretado que un acto es ilegal cuando es contrario a las n.s del derecho positivo, ya sea ley formal -emanada del Poder Legislativo- o ley material -otra n. como una resolución ministerial, decreto u ordenanza- (op. cit., pág. 111). Expresa Sagüés que en materia de amparo, la doctrina y la jurisprudencia también utilizan el vocablo “ilegitimidad” para calificar a los actos susceptibles de ser atacados por esta vía, siendo esta voz de una significación más amplia que ilegalidad, en tanto no ap. a la conformidad del acto con la ley material sino que señala la justificación del acto, en definitiva la “justicia” del acto, concepto que está cubierto en la letra del texto constitucional -tanto nacional como provincial- con la voz “arbitrariedad” (aut. cit., págs. 112/113). La arbitrariedad en definitiva se hace presente en aquellos actos que aunque legales carecen de justicia, por ser contrarios al “derecho fundamental que está ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos, en las reglas de la lógica jurídica aplicables a esos derechos fundamentales” (conf. cita de Bielsa en Sagüés, op. cit., pág. 113). En cuanto al requisito de evidencia de ilegalidad o arbitrariedad -el art. 54 de la Const. Provincial y el art. 3 de la ley V N°84 exigen que ambas sean “manifiestas”-, ello no implica que el vicio deba ser de

tal magnitud que pueda reconocerse sin el menor análisis, sino que la restricción de los derechos sea claramente individualizada por el accionante, se indique con precisión los derechos lesionados, resulte verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate (conf. cita jurisprudencial CN. Fed., Sala II, Cont.Adm., 13/7/76, ED, 69-293; en Sagüés, op. cit., pág. 117). Corresponde a la luz de lo expuesto en este considerando, indagar acerca de la existencia o no de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de las omisiones que aquí se atacan.-

SEGUNDO: Que la legitimación de la actora está fuera de discusión, ya que su condición de afiliada a la demandada no se encuentra controvertida. Por lo demás, el número de afiliado 561.920 se acredita con la copia del carnet de fs. 05, amén de que no fue controvertida. Dada la condición de afiliada de M., también queda fuera de discusión la legitimación pasiva de la obra social demandada.-

Que resuelta la cuestión de legitimación de las partes, corresponde adentrarnos en el fondo de la pretensión. Al respecto cabe señalar que la demandada no sólo no controvierte la afección a la salud de la actora, la cual, por lo demás, se acredita con los certificados médicos de fs. 07, y el resumen de la historia clínica de fs. 08/ vta., ni su condición de persona con discapacidad lo que también se prueba con el certificado respectivo de fs. 04, emitido el 15/05/2023. Lo que cuestiona la demandada es la necesidad de internación en una residencia geriátrica, ya que entiende que M. bien podría seguir recibiendo las prestaciones médico-asistenciales en su domicilio ya que cuenta con un grupo familiar continente que puede afrontar los gastos que su estado de salud demanda. Aun así ofrece otorgar un subsidio para cubrir el 20% de los gastos de la internación requerida. A tal fin adjunta el recibo de haberes previsionales de la amparista de julio del presente año, por una suma neta total de $ 227.341,30 (ver fs. 48). Es de recordar que la actora adjuntó la factura del costo de la residencia geriátrica “P. L.” del 07/06/2023 por un importe total de $ 443.610 (ver fs. 12), lo cual revela la insuficiencia de los ingresos de la amparista para hacer frente al mismo.-

TERCERO: El derecho a la salud está implícitamente reconocido en el art. 33 de la Const. Nacional y expresamente en el art. 18, inc. 2 de la Const. Provincial, amén de estar también expresamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24). A su vez, en el caso de las personas con discapacidad el art. 75, inc. 23 de la Const. Nacional establece que corresponde al Congreso *“…Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y*

el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad…". Al respecto se ha sostenido que este texto consagra medidas de acción positiva a favor de los miembros de los grupos vulnerables enumerados en la n., y que la acción positiva impone medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos minoritarios (o tratados como si fuesen minorías). Se parte de la idea de que el Derecho tiene una función de promoción, no tanto de la protección de los intereses que entiende valorizar cuanto del mismo comportamiento de los interesados. La n. jurídica es valuada como un componente interno del sistema económico, en la medida que interfiere en el ambiente con el fin de garantir una determinada regulación social (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Sabsay-Manili: "Constitución de la Nación Argentina…", Ed. Hammurabi, 2010, T° 3, pág. 769). Asimismo se consideró que las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos. La Constitución Nacional, en especial, dispuso la sanción de leyes, estableciendo acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, ancianos y los discapacitados. Las disposiciones constitucionales y legales acerca de las acciones positivas no entrañan de modo necesario discriminaciones inversas, pero usualmente las establecen (conf. Gelli, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Ed. La Ley, 2006, pág. 720).-

Ha de agregarse que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, la ley 25280 aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y la ley 26378 aprobó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, con jerarquía constitucional otorgada por la ley 27044 en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En cuanto al art. 30 de la Const. Provincial establece: *"La familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo la protección integral de las personas discapacitadas. Dicha protección abarca la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social y laboral y la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto a sus deberes de solidaridad evitando toda discriminación. El Estado, en su caso, debe subrogarse en el ejercicio de las acciones que correspondan contra los obligados. En todo el ámbito de la Provincia se establecen n.s para que el desplazamiento, acceso y desenvolvimiento de las personas discapacitadas encuentren facilidades que favorezcan su independencia".-*

La ley XVIII N° 12 que instituye el régimen de la obra social demandada, concretamente en su art. 24 que dispone las prestaciones a cargo de la misma y que en su inc. g) precisa:

"Toda otra prestación que directa o indirectamente contribuya al fomento, protección, recuperación de la salud, y rehabilitación del afiliado a la vida útil como así también a lograr su bienestar social". Y de manera particular en cuanto a las personas con discapacidad, el inc. h) establece: *"Cuando se trate de discapacitados, los gastos ocasionados por la provisión de prótesis y elementos correctivos y auxiliares terapéuticos, que resulten necesarios para el proceso de rehabilitación, serán solventados por el Instituto"*. El argumento normativo de la demandada para no solventar la totalidad de los gastos de internación requeridos descansa en el art. 18 de la ley 24901 que regula las prestaciones asistenciales para las personas con discapacidad y estipula: *"Se entiende por prestaciones asistenciales aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (hábitat-alimentación-atención especializada) a los que se accede de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio-familiar que posea el demandante. Comprenden sistemas alternativos al grupo familiar a favor de las personas con discapacidad sin grupo familiar o con grupo familiar no continente"* (ver fs. 50, 6to. y 7mo. párrafos). Considera que en virtud de dicha n., no corresponde acoger el amparo atento a que M. cuenta con familia continente, por lo que puede continuar recibiendo asistencia en su domicilio, y que además puede afrontar económicamente los gastos cuya cobertura pretende. Al respecto es de recordar que sólo se adjuntó el recibo de haberes previsionales de la amparista y ya se apreció la insuficiencia de los mismos respecto del costo de la residencia elegida por la hija de M..-

El art. 25 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26378) dispone, entre las obligaciones asumidas por los Estados Partes en materia de salud, en lo que aquí interesa, *"...a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población. b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores".* Y de manera específica con el tema que aquí se debate, el art. 26 dispone: *"1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de*

habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de salud, el empleo, la educación y los servicios sociales…”.-

En comentario a la convención precitada, se ha considerado que los Estados partes reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que…b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta (conf. Molina Quiroga, Eduardo, en Sabsay-Manili, op. cit., T° 5, págs. 691/692). A su vez en comentario a la ley 24901, se ha entendido que la misma tiene por objetivo instituir un Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad (art. 1), contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Para ello se obliga a las obras sociales a la labor de prestar atención médica y otorgar servicios de diagnóstico y control, siendo beneficiarias las personas con discapacidad comprendidas en el art. 2 de la ley 22431. Se aplica a las prestaciones de carácter preventivo, de rehabilitación, a las terapéuticas educativas y a las asistenciales. También a la internación, en caso de que no pueda permanecer en su hogar, cobertura económica y atención psiquiátrica. Si la persona requiere de medicamentos o productos para su dieta específicos y que no se produjeran en la Argentina, le deben reconocer la totalidad del precio de los mismos (conf. Molina Quiroga, op. cit., pág. 708).-

En cuanto a la jurisprudencia sobre el tema, se ha entendido que la ley 24901 dispone que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2), entre las que se encuentran las de educación general básica, definida como el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los seis y los catorce años de edad aproximadamente o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio especial o común (conf. CN. Fed. Cont.Adm., Sala III, 9/5/14, elDial-AA8872).-

En cuanto a la prestación que aquí se requiere, concretamente se hizo lugar a un amparo y se ordenó, como medida cautelar, a una sociedad de beneficencia (Hospital Italiano de Buenos Aires) a abonar el costo de una residencia geriátrica ajena al plan de salud contratado. En tal sentido se sostuvo que la amparista encuadra en la categoría de discapacitada y por lo tanto goza de la protección que la ley 24901 le confiere a ese universo

de personas. A tal fin la obligación de los agentes de salud de “proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud…” (arts. 1 y 2 de la ley 23661) implica la cobertura integral de las necesidades y requerimientos de las personas discapacitadas (arts. 1, 2 y 6 de la ley 24901). Asimismo se agregó que el dictado de la medida es la solución que, de acuerdo con lo indicado por los médicos tratantes, mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de la Nación, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los Pactos Internacionales (art. 25, inc. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional). También cabe mencionar que la accionada había ofrecido cubrir la prestación a valores del Nomenclador (conf. CN. Civ. y Com. Federal, Sala III, 17/09/2019; elDial AAB690).-

En el mismo sentido se resolvió ordenar al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados la cobertura integral respecto de la actora del costo de la internación en un hogar que se encuentre dentro de la red de prestadores o el que esa parte indique, que cuente con los requisitos esenciales que por su discapacidad requiere, de asistencia permanente para toda actividad de la vida diaria, y del 100% de los medicamentos y demás prestaciones que resulten necesarios por las patologías que presenta, según prescripción actualizada de su médica de cabecera. Agregó que la ley 24901 impone a las obras sociales la obligación de brindar prestaciones básicas a los afiliados que presenten una discapacidad, entre otras, de rehabilitación, asistenciales hábitat, alimentación y atención especializada de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio-familiar- y sistemas alternativos al grupo familiar (arts. 2, 11, 15, 18, 26, 29 y 32) (conf. Cám. Federal San M., Sala I, 24/10/14, Microjuris, MJ-JU-M-90470AR).-

CUARTO: De lo expuesto más arriba, se desprende que la jurisprudencia es conteste en que la prestación requerida debe ser afrontada de manera total por las obras sociales o empresas de medicina prepaga si se trata de personas con discapacidad. Al respecto es de considerar que la accionada ha citado el art. 18 de la ley 24901, n. que incluye dentro de las prestaciones que se deben brindar a las personas con discapacidad, aquellas que cubran requerimientos básicos esenciales como hábitat, alimentación y atención especializada, lo que se encuentra dentro del concepto de los servicios que brinda una residencia geriátrica. A su vez el art. 29 de la misma ley dispone: *“En concordancia con lo estipulado en el artículo 11 de la presente ley, cuando una persona con discapacidad no pudiere permanecer en su grupo familiar de origen, a su requerimiento o el de su representante*

legal, podrá incorporarse a uno de los sistemas alternativos al grupo familiar, entendiéndose por tales a: residencias, pequeños hogares y hogares". Los criterios que determinarán las características de estos recursos serán la edad, tipo y grado de discapacidad, nivel de autovalimiento e independencia". Y el art. 32 establece: *"Hogares. Se entiende por hogar al recurso institucional que tiene por finalidad brindar cobertura integral a los requerimientos básicos esenciales (vivienda, alimentación, atención especializada) a personas con discapacidad sin grupo familiar propio o con grupo familiar no continente. El hogar está dirigido preferentemente a las personas cuya discapacidad y nivel de autovalimiento e independencia sea dificultosa a través de los otros sistemas descritos, y requieran un mayor gado de asistencia y protección".*-

En la especie, del certificado médico de fs. 07 y del resumen de historia clínica de fs. 08/vta., que no fueran desconocidos, se desprende que M. cuenta con 88 años de edad, y amén de la reducción severa de su agudeza visual, presenta trastornos motores, cognitivos, demencia senil avanzada, incontinencia urinaria, hipoacusia, rigidez muscular con pérdida de masa muscular, rigidez mental y dificultades para aceptar cambios, descenso de la capacidad atencional, ejecutivas y del lenguaje, entre otras afecciones; así como que requiere atención, asistencia y vigilancia permanente, a cargo de personal capacitado, amén de la medicación prescripta por los médicos tratantes.-

La demandada arguye que la amparista cuenta con un grupo familiar continente afectiva y económicamente, dado que tiene un contacto fluido con su hija, y que bien podría recibir asistencia en su domicilio, lo cual obviamente implicaría un servicio de cuidadores y/o de enfermería domiciliaria las 24 horas. En primer lugar encuentro que el referido contacto fluido con la hija apoderada de la amparista no importa *per se* que la misma pueda hacerse cargo de su madre en cuanto a la dedicación y tiempo que su atención merece, amén de que no es personal capacitado, y menos que pudiera brindarlo las 24 horas, ya que ello supondría anular su proyecto de vida totalmente en pos de asistir a su madre. A ello debo añadir que no se acreditó la capacidad económica de la hija de la paciente. Pero además, la demandada tampoco acreditó que la asistencia domiciliaria que sugiere a través de personal capacitado durante las 24 horas los siete días de la semana, importe una alternativa menos costosa para la obra social. Al respecto he de destacar que en decisión que adquiriera firmeza he condenado a la demandada a brindar la prestación del servicio de cuidadores a una persona con certificado de discapacidad (conf. Sala B, SDAU N° 03/23, del 02/03/23), por lo cual también debería otorgar la cobertura de dicho servicio. Es así que no encuentro acreditado lo expuesto por la accionada en cuanto a que el grupo familiar, el cual no se demostró que se extendiera más allá de la hija que interpuso la acción como representante,

optó por internar a M. por razones de comodidad o, lo que resultaría más mezquino, por motivos de conveniencia económica como lo dejó entrever la demandada.-

Por lo demás, en cuanto al argumento de que el grupo familiar cuenta con ingresos suficientes para afrontar el costo de la prestación cuya cobertura se requiere, cabe decir que la propia ley nacional que cita la demandada la obliga a afrontar tales gastos en su totalidad de acuerdo a la interpretación jurisprudencial reseñada. Pero amén de lo dicho hasta aquí, debe tenerse en cuenta que en el ámbito provincial rige además la ley I N° 296 cuyo art. 16 reza: *"La Secretaría de Salud, el Instituto de Seguridad Social y Seguros, las demás Obras Sociales y prepagas garantizarán en forma gratuita las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante, que se acreditará con la sola presentación del certificado según n. del artículo 3° de la presente, y lo establecido en la Ley Nacional N° 24.901 y la Ley XVIII N° 36".*

Es así que si alguna duda quedaba respecto de la prestación gratuita que queda a cargo de las obras sociales, en este caso de la demandada, de acuerdo a la legislación nacional, ello queda despejado con la ley provincial precitada. Al respecto debe recordarse que el constitucionalismo provincial nunca puede disminuir derechos que surgen de la constitución federal, ni reducir el núcleo o contenido esencial de los mismos (conf. Bidart Campos, Germán José: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, Tº V, "El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial", pág. 37, pto. d). En sentido concordante se ha expuesto que cabe considerar que el bloque federal, que por la relación de subordinación deben acatar las provincias, no se recluye en la constitución federal, ya que es trinitario pues suma las leyes del congreso que se dictan en consecuencia y los tratados internacionales (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 61), dado lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Si los derechos se gozan "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", de acuerdo al art. 14 de la Const. Nacional y tales derechos se sitúan en el plano de la constitución federal, las leyes que se sancionan para su goce, su ejercicio o reglamentación, son leyes que encuadran en la competencia del congreso, al menos como principio. Sin embargo ello no significa que la competencia sea exclusiva, por cuanto puede ser concurrente con la de las provincias, mas en base a lo dicho más arriba, la mentada competencia concurrente debe entenderse para mejorar el contenido del plexo federal de derechos o introducirle adiciones ampliatorias (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 62/63). Es que el plexo federal de derechos -donde cabe incluir a las leyes del congreso que reglamentan su ejercicio- es un mínimo respecto del cual la competencia provincial concurrente tiene el carácter de coadyuvancia, por lo que su ejercicio no se halla habilitado para alterar, vulnerar, hacer oposición o interferir de modo directa y

absolutamente incompatible a la competencia federal delegada (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 169).-

Por lo demás, y sólo a título *obiter dicta* diré que la accionada no esgrimió un argumento de escasez de recursos económicos para afrontar la totalidad de la prestación de internación en una institución u hogar geriátrico. Al respecto, en anteriores casos análogos, sostuve la cobertura total de las prestaciones médico-asistenciales a quienes cuentan con certificado de discapacidad (conf. Sala "B", SDF N° 04/17, del 03/04/17; SDF N° 01/19, del 08/02/19; SDF N° 03/20,del 12/08/20; y SDF N° 08/17, del 13/06/17), añadiendo con relación a la eventual argumentación de escasez económica invocada por la obra social que ello fue examinado en el precedente del STJCH del 23/03/05 (ver en LLPatagonia 2005 (junio), 1005-IMP 2005-13, 1893; cita online: AR/JUR/477/2005).-

En dicho fallo el primer votante, Dr. Caneo, señaló que *"El servicio de salud, presenta multiplicidad de regímenes, este aspecto es abordado adecuadamente por el doctor Lucero al votar en la definitiva recurrida y dentro de ese régimen de salud es la codemandada una de las obligadas a prestar tal servicio porque así lo establece el art. 1 de la ley 1404...; la afiliación es obligatoria y efectúa descuentos de la misma característica, este es un dato que no puedo dejar pasar a la hora de decidir si la alzada se equivocó cuando comparando los valores económicos puestos en juego con el de la salud, priorizó este último. El conflicto estaría entre la atención del "costoso" resguardo de la salud del hijo del requirente o la cobertura económica del servicio de salud genérico debido a la totalidad de los afiliados que S.E.R.O.S. dice que podría verse perjudicada, colapsada, lo que por cierto no probó porque dijo que "es de difícil comprobación...S.E.R.O.S. dice que no es el caso de autos en el que debiera, ante su imposibilidad, económica reclamar un subsidio a la provincia. Esta afirmación es dogmática, no tiene ningún fundamento, se desconoce cuáles son las situaciones a criterio de la codemandada en qué oportunidades debería obrar de conformidad a lo dispuesto en el art. 14 inc. g) del dec.ley 1404 y por cierto no puede compartirse ni admitirse tal postura, cuando su obligación de asistir al afiliado emana claramente del art. 1 del citado Dto. Ley, y se ve claramente determinada al interpretar el art. 27 del dec. reglamentario 337/77 cuando dice, "Si por circunstancias especiales, casos de huelga de las instituciones e insuficiencia prestadora, el S.E.R.O.S.-Chubut careciera de uno o varios servicios en cantidad y/o calidad necesaria, arbitrará los medios necesarios tendientes a asegurar el efectivo cumplimiento de las previsiones de los arts. 21 y 22 de la Ley", si tal proceder se especifica en caso de huelga, cuanto más aún es posible ante un colapso financiero y la obligación de atender la necesidad de los afiliados"* (ver considerandos 9.2 y 9.6 del voto del Dr. Caneo). Por su parte el segundo votante, Dr. Royer, sobre este mismo tema, razonó que *"En cuanto al argumento referente*

al colapso financiero, el mismo fue rechazado por los Sres. Camaristas ya que interpretando la Ley de Creación del Instituto de Seguridad Social y Seguros concluyeron que en el caso de que el referido organismo no cuente con fondos en virtud de las normas que rigen su funcionamiento estaría en condiciones de arbitrar las medidas necesarias para lograr contribuciones especiales por parte de la Provincia. El Instituto insiste, sin una crítica eficaz, capaz de demostrar el error interpretativo de la alzada cuando rechaza el referido argumento, en que si se diesen situaciones semejantes a la de la especie y se les diese curso favorable a los reclamos, S.E.R.O.S no estaría en condiciones económicas de afrontarlas" (ver considerando IX del voto del Dr. Royer).-

Del razonamiento expuesto en los párrafos transcriptos del antecedente citado, se extrae la conclusión de que, eventualmente -lo que no acontece en la especie- un argumento de la demandada en cuanto a la escasez de recursos para autorizar disminuir la cobertura de una prestación que legalmente debe ser solventada por ella al 100% -es de recordar que ofrece abonar un subsidio equivalente al 20% del costo de la prestación-, en todo caso debería ser acreditado por la misma, pero aun así se encuentra legalmente obligada a arbitrar los medios necesarios para hacer frente a las prestaciones debidas. Por lo demás, en los precedentes aludidos, deseché la argumentación por la cual la demandada sostuvo que su posicionamiento resulta amparado por lo dispuesto por el art. 21 de la Constitución Provincial. Sobre este punto aduje que esta n. establece, en su segundo párrafo, que *"Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas".* Al respecto, un primer argumento radica en lo ya explicado, esto es, que la accionada no acreditó la insuficiencia de disponibilidades económicas, y que aun en ese caso, se encuentra obligada legalmente a arbitrar medios de financiamiento alternativos. Pero más allá de lo señalado, debe recordarse lo arriba expuesto con relación a que las normas constitucionales provinciales son jerárquicamente inferiores al bloque normativo federal. Y ya me expedí al respecto en cuanto la normativa federal es un "piso" de tutela de los derechos constitucionales, mas en la especie ha quedado acreditado que la ley provincial I N° 296, consagra la gratuidad de la prestación requerida. Reitero que estas últimas argumentaciones las efectúo a título *obiter dicta*, ya que la accionada no invocó razones de escasez de recursos económicos.-

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, habré de hacer lugar a la acción de amparo promovida por M. M. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut, a fin de que este último brinde la cobertura al 100% de la internación psicogeriátrica en la

residencia de tercera edad “P. L.”, a valores del Nomenclador Nacional de Discapacidad o que la obra social reconoce a otros establecimientos psicogeriátricos del VIRCH -en la opción el que sea de mayor valor a favor de la amparista-, y en defecto de ello al que surja del promedio que se abona a otros establecimientos de las mismas características en el VIRCH, debiendo otorgarse la cobertura de manera efectiva y no vía reintegro, con más todas las demás prestaciones que la residencia brinda y exige el cuadro de salud y discapacidad de la amparista, atención médica, asistencial, así como también medicamentos y compra de insumos necesarios prescriptos para su tratamiento.-

Atento la forma en que se decide la cuestión, las costas se imponen a la demandada vencida (conf. art. 17 de la ley V N°84). A tal fin y dada la relevancia del derecho cuya protección se invocó en la presente demanda, así como la extensión y calidad de las tareas profesionales desarrolladas, regulo los honorarios del letrado patrocinante de la actora, Dr. R. M. L., en la suma equivalente a 40 Jus, con más el IVA si correspondiere; sin regulación a los letrados de la demandada de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2 de la ley arancelaria (conf. arts. 5, 35 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871).-

Por los motivos expuestos, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias que anteceden, **FALLO: I.-** Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por M. M. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut, a fin de que este último brinde la cobertura al 100% de la internación psico-geriátrica en la residencia de tercera edad “P. L.”, a valores del Nomenclador Nacional de Discapacidad o que la obra social reconoce a otros establecimientos psicogeriátricos del VIRCH -en la opción el que sea de mayor valor a favor de la amparista-, y en defecto de ello al que surja del promedio que se abona a otros establecimientos de las mismas características en el VIRCH, debiendo otorgarse la cobertura de manera efectiva y no vía reintegro, con más todas las demás prestaciones que la residencia brinda y exige el cuadro de salud y discapacidad de la amparista, atención médica, asistencial, así como también medicamentos y compra de insumos necesarios prescriptos para su tratamiento.-

II.- Imponer las costas a la demandada vencida.-

III.- Regular los honorarios del Dr. R. M. L., en la suma equivalente a 40 Jus, con más el IVA si correspondiere; sin regulación a los letrados de la demandada de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2 de la ley arancelaria.-

IV.- Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, Archívese.-

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

REGISTRADA BAJO EL N° _____DE 2023 - SDAU. - CONSTE.

PABLO SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO DE REFUERZO DE CÁMARA