

"SALZMANN, MARIA DE LOS ANGELES en representación de SALZMANN, ANGELA TERESA C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS (IOSPER) S/ ACCION DE AMPARO", Expte. N° 810"

///RANÁ, 17 de abril de 2019

VISTOS:

Estos autos caratulados "*SALZMANN, MARIA DE LOS ANGELES en representación de SALZMANN, ANGELA TERESA C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS (IOSPER) S/ ACCION DE AMPARO*", traídos a despacho para dictar sentencia;

Y CONSIDERANDO:

1. Se presentó **María de los Ángeles Salzmán**, a través de apoderado, quien invocó la representación de su madre, **Ángela Teresa Salzmán**, y el 05/04/2019 promovió acción de amparo contra el **Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos** pretendiendo se le ordene la cobertura económica al 100% de lo que corresponde al costo de internación geriátrica para Ángela Teresa, por el término del año calendario, según los valores fijados en la resolución nº 1/2018.

Relató que Ángela Teresa tiene 74 años, y requiere asistencia permanente para los cuidados diarios de su salud porque tiene complicaciones de hipertensión, incontinencia urinaria y no puede deambular por sí misma.

El certificado de discapacidad que acompaña establece su dependencia de silla de ruedas, otras máquinas y dispositivos capacitantes, incontinencia urinaria, hemiplejía y secuelas de infarto cerebral.

Explicó, con cita del precedente "*Baigorria...*" los motivos por los que entendía que la hija podía representar a su mamá en el proceso, relató que como jubilada, Ángela percibe un haber de bolsillo de \$ 6661,00 mensuales y resulta ser afiliada obligatoria al IOSPER.

Apuntó que los profesionales tratantes prescribieron la internación geriátrica en el Hogar para la tercera edad "*San Miguel*" sito en calle Artigas 1989 de Paraná, en tanto depende para su alimentación, higiene y vestido, requiere asistencia para deambular por inestabilidad en la marcha y padece incontinencia de esfínteres. Detalló la medicación que se le administra, que por el cuadro no puede recibir atención ambulatoria y requiere asistencia de un equipo interdisciplinario en una institución especializada para mantener las

funciones presentes, recibir controles médicos periódicos, estimulación cognitiva, kinesioterapia y asistencia psicológica, así como tratamientos de rehabilitación como terapia ocupacional y kinesiología.

Detalló el costo del alojamiento en \$ 28.000 mensuales, solicitando de la Obra Social los valores fijados por la Resolución 1/2018, haciéndose cargo de la diferencia con los ingresos que posee la discapacitada.

Especificó que el 22 de enero presentó toda la documentación correspondiente, la que quedó caratulada bajo el número 29093, afirmó que la residencia está habilitada por el Municipio y tiene en trámite la habilitación provincial, y que la enfermedad de Salzmán está comprendida en las leyes nacionales 22431, 24091, y provinciales 9891 y 9972, por lo que se le otorgó certificado de discapacidad siendo la orientación prestacional: hogar; prestaciones de rehabilitación; y transporte.

Transcribió el nomenclador de prestaciones básicas aprobado por Resolución 428/99, en los módulos "**Hogar**" y "**Residencia**" y distinguió los mismos según el nivel de autovalidamiento. Detalló los servicios que presta el lugar donde se encuentra internada.

Continuó el relato con el 7 de febrero, fecha en la que presentó el certificado de discapacidad y, frente a la sin respuesta, el 7 de marzo interpuso un pronto despacho pero venció el mismo sin más que silencio. Se dirigió luego a la Dirección de Programas Específicos del IOSPER y la empleada Olga Noemí Fernández le informó que otros afiliados estaban en dicho lugar, y encontrándose en ese lugar la señora Salzmán lo que pretende es la misma cobertura que otros afiliados que están institucionalizados en dicho lugar.

Que según la Obra Social, se encuentran cumpliendo con los artículos 15 y 18 de la Ley 24901, que son las de rehabilitación y las prestaciones asistenciales. Especificó que está en riesgo la continuidad de los tratamientos porque la familia no tiene recursos para afrontar la diferencia reclamada. Citó el artículo 18 de la Constitución Provincial; la obra de la Constitución comentada del Vocal del Superior Tribunal de Justicia, Bernardo Salduna, para concluir en que la Obra Social debe efectuar la cobertura integral de la prestación, más cuando está adherido al Fondo Voluntario -cód. de descuento 0835-.

Refirió también a la Ley 5326, a la 9891 que adhiere a los principios de

la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, así como a la ley 24091 que establece el Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad, así como la ley 9972.

Citó el fallo "**Borre (3), Norma Emilia c/IOSPER s/acción de amparo**" del 02/03/2019, transcribiendo el voto del señor Vocal integrante de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, Daniel Carubia.

Concluyó tal explicación reiterando la pretensión de cobertura del 100% del costo de internación geriátrica para Ángela Teresa Salzmán, por el término del presente año, según los valores de la Resolución 1/2018.

Detalló los presupuestos de admisibilidad de la acción; hizo el juramento denegatorio; fundó en derecho; justificó la competencia; efectuó reserva del caso federal; detalló la prueba documental que acompañó, solicitó se intime a la Obra Social a que acompañe el expediente del trámite de solicitud de cobertura 29093; y concluyó peticionando que, oportunamente, se haga lugar a la demanda, con costas.

2. Proveída la presentación, ordené librar mandamiento al Presidente del Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos, notificar al Fiscal de Estado y a la Defensoría Pública en turno, lo que efectivamente se cumplió.

3. El **Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos**, a través de su apoderada **María Carolina Anzil**, tomó intervención y procedió a contestar la demanda de amparo. Planteó la inadmisibilidad de la acción por no reunir los requisitos de los artículos 1º, 2º, y 3º de la Ley de Procedimientos Constitucionales. Sostuvo que no hay actitud u omisión que lesione en forma actual o inminente derechos o garantías de raigambre constitucional de manera ilegítima y manifiesta. Se concentró en la verdad de los hechos, afirmando que la Obra Social ha otorgado a la amparista prestaciones de salud requeridas -órdenes, prácticas ambulatorias, internaciones, reintegros y medicamentos-. Que la Sra. Salzmán además goza de otra Obra Social que es PAMI. Explicó que el 22 de enero presentó una nota iniciándose el trámite bajo el número 29093. Que en dicha nota acompañó pedido médico, presupuesto de la Residencia, copia de la habilitación municipal y constancia de habilitación en trámite del Ministerio de Salud.

Que se le informó que el trámite estaba incompleto porque debía cumplir con el requisito de la habilitación del Ministerio de Salud de la Provincia y que la afiliada no contaba con el Certificado de Discapacidad. Que acompañó dicho Certificado y en esa instancia se le pidió fotocopia del último recibo de haberes, constancia de bienes muebles e inmuebles de ATER de los familiares, así como la documentación de habilitación conforme Ley 9823 y Decreto Reglamentario 3090/10, y que dichos requisitos nunca fueron cumplidos.

Se detuvo luego en la falta de agotamiento de la vía, y la falta de acreditación sobre la ineficacia de las vías ordinarias.

Sobre la falta de habilitación y categorización, expresó que no es la actora quien debe determinar el importe que la Obra Social debe reconocer, ya que la cobertura como Hogar o Residencia en sus tres categorías -a, b, o c- le corresponde al I.Pro.Di., y de tener la habilitación para funcionar emitida por el Ministerio de Salud de la Provincia quedaría específicamente obligado a cubrir los importes de la prestación menor -Residencia Permanente Categoría C \$ 22.960 mensuales.

Luego de transcribir precedentes jurisprudenciales de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, refirió que el Hogar para la Tercera Edad "*San Miguel*" sólo posee habilitación municipal como "*residencia geriátrica*" pero no cuenta con la habilitación del Ministerio de Salud, ni ha sido categorizado según los parámetros de la normativa federal aplicable. Sobre el trámite de habilitación, agregó que el Departamento de Atención Médica del Ministerio de Salud informó que fue iniciado en febrero de 2018 y que está paralizado por falta de documentación que aún no ha sido presentada.

Sobre la cobertura definió que para acceder a la misma la institución elegida debe contar con habilitación vigente, que los importes son los estipulados por el nomenclador nacional. Agregó que IOSPER no cuenta con convenios prestacionales vigentes con residencias gerontológicas ni hogares para adultos mayores, pero que si solicita cobertura en una institución sí habilitada, IOSPER lo reconoce.

Citó la ley 9823, considerando que de hacer lugar a la pretensión, se "*habilitaría*" una Residencia por sentencia judicial.

Tardíamente, negó los hechos invocados por la actora; ofreció como

prueba copia del expediente 29093, y concluyó peticionando que, oportunamente, se rechace la demanda, por inadmisibile.

4. Dispuse una constatación judicial a la que convoqué al Departamento Médico Forense y a la Defensora Pública. Asimismo, cité al funcionario encargado de las habilitaciones de instituciones como la que es objeto de la presente acción, el Director de Prestaciones, Eduardo Elías, a quien le requerí concurra con el expediente administrativo 2084699 vinculado a la habilitación. Dispuse la videofilmación de la audiencia.

5. Se celebró la misma el día 12 de abril conforme acta de fs. 85, a la que concurrieron: dos hijos de Ángela Salzman -la aquí actora, María de los Ángeles, y otro hijo de nombre Gonzalo-; el abogado de la actora, Alejandro Luna; la señora defensora pública, Inés Ramayo; el doctor Luis Moyano, del Departamento Médico Forense; el citado Elías, con el letrado Wendel Gietz; María Carolina Anzil, abogada del IOSPER, junto a Pablo Testa y el Director de Programas Específicos de dicho Instituto, Sebastián Ibañez.

El soporte fílmico digital fue registrado bajo el número MD5: 20190412 Salzman MA Amparo CCA.wmvMD5, 82a7698499c09f84ceacb62f473bc035, conforme certificación del Responsable del Área Informática del Poder Judicial, Ing. Omar Pagliotto -fs. 86-.

El dictamen del médico forense se agregó a fs. 87.

6. Dispuse correr vista al Ministerio Público de la Defensa, emitiendo el dictamen de su competencia la Defensora Pública Interina, Inés Susana Ramayo. Luego de reseñar los antecedentes de la causa, fundar en derecho, y efectuar otras consideraciones atinentes, concluyó en que correspondía hacer lugar a la acción en todos sus términos.

7. El expediente ingresó a despacho, por lo que corresponde me aboque a tratar el conflicto traído.

7.1. Análisis sobre la admisibilidad de la causa.

Si bien en forma genérica y confusa, la apoderada del IOSPER plantea bajo un título la inadmisibilidad de la causa y alude al incumplimiento de los artículos 1º, 2º, y 3º de la Ley de Procedimientos Constitucionales, lo cierto es que más allá de la referencia a que existe otro procedimiento idóneo y a la falta

de agotamiento de la vía, no especificó en forma concreta cómo estaría esta pretensión alcanzada por uno de los incisos del artículo 3º de la ley que es el que trata las causales de inadmisibilidad de la acción, que refieren a cuestiones formales de un proceso judicial. Los artículos 1º y 2º de la Ley, apuntan a la sustancia de la pretensión procesal y, por ende, refieren a la procedencia o no de la acción y no a su admisibilidad.

Efectuada esta mínima aclaración, analizo de oficio tales obstáculos formales concluyendo que la causa no se encuentra comprendida por ninguna de las situaciones que prevé el artículo 3º de la Ley de Procedimientos Constitucionales. Se descarta la necesidad de agotar la vía administrativa y el alegato de existencia de otras vías idóneas. La salud de una persona adulta mayor que no puede alimentarse, vestirse, efectuar sus necesidades de evacuación, moverse ni comunicarse por sí misma, categorizada por la propia administración pública entrerriana bajo el régimen de las normas de discapacidad, no puede esperar el agotamiento de la vía administrativa ni tampoco puede imaginarse que otra vía sea más idónea cuando presentó su pedido ante la Obra Social.

La interposición en término fue dentro de los treinta días de la última intimación a brindar cobertura -cfr. fs. 17-, más allá de que en materia de salud, especialmente a partir del fallo "**María, Flavia Judith**", del 30/10/2007, Fallos 330:4647 de la CSJN y las directivas brindadas por el Máximo Tribunal del país en el mismo y otros, ha quedado claro que el análisis del juzgador respecto de los requisitos formales debe quedar supeditado al fondo de la cuestión planteada en términos de la situación de extrema vulnerabilidad en la que se presenta quien acude al auxilio de la justicia.

7.2. La legitimación de María de los Ángeles Salzmann.

Si bien no fue discutido por las partes, entiendo corresponde efectúe una breve referencia a la posibilidad de interposición de la acción, por quien, conforme las reglas de la legitimación tradicional, es un tercero.

Es posible que la acción sea interpuesta bajo reglas distintas en relación a la capacidad de las personas humanas, conforme ha sido reglado por el actualmente vigente Código Civil y Comercial.

El fundamento legal de tal posibilidad, es la propia Constitución Provincial que, en su redacción de 1933, mantenida como contenido pétreo en el actual artículo 55º, refiere a la posibilidad de toda persona "*por sí o por conducto de otro*". Redacción reproducida por el artículo 1º de la Ley 8369, y especificada en el último apartado de dicho artículo al decir que "***Si el titular del derecho lesionado estuviere imposibilitado de ejercer la acción podrá deducirla, en su nombre un tercero***".

Aquí Ángela, la beneficiaria de la acción y quien es la titular del derecho que se invoca por ser la afiliada a la Obra Social, es una persona mayor de edad, sin que se haya efectuado sobre ella un procedimiento para determinar alguna capacidad disminuida. Por tanto, en principio, debiera ser ella quien por sí -derecho propio- o a través de apoderado, fuera la requiriente que se apersonara ante el sistema judicial a reclamar protección. He aquí, sin embargo, que la acción de amparo -y la de ejecución, y prohibición-, en este punto y en algunos otros como la legitimación pasiva- son excepciones a las reglas de proceso y personalidad jurídica. Tan importante es la posibilidad de que un tercero se presente por el titular del derecho, que el paroxismo de tal situación es uno de los mas caros a la historia argentina, remontándonos nada menos que al periodo más oscuro bajo el régimen de la dictadura militar, donde quien era "chupado" por el sistema represivo, desaparecía sin ninguna garantía y eran sus familiares, conocidos, y más cercanos, quienes intentaban conocer el paradero y defender su libertad a través de la interposición de hábeas corpus.

Entiendo que, dado el diagnóstico médico de Ángela Salzmán que insinúa la acción y corrobora la documental que acompañó el IOSPER, y certifica el Jefe del Departamento Médico Forense del Poder Judicial de Entre Ríos, ésta no puede comunicarse por sí misma -una forma de autovalerse, en términos de la Ley 9823-, por lo que se dan los supuestos para la legitimación invocada por la hija, actora en este proceso, para ejercer en nombre de su madre, la petición que sustenta. Convalida lo que postulo, la jurisprudencia en el mismo sentido que ha sostenido la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia Entrerriano a partir del leading case "***Baigorria, Silvia Liliana...***" del 23/05/2007, y reiterada, entre otros, en "***Dellepiane...***" del 21/04/2009; "***Facal...***" del 12/05/2009; "***García, Ana María...***" del

12/09/2010; "**Ayende, Mónica Patricia...**" del 22/08/2010.

7.3. Síntesis de la prueba agregada a estos autos.

En razón de la abundante prueba traída a esta causa, la reseñaré en detalle a los fines de su posterior análisis bajo las reglas jurídicas.

La actora acompañó:

a) documentos que acreditan identidad de Ángela Salzmán y María de los Ángeles Salzmán;

b) copia del certificado de Discapacidad, que diagnostica "*Dependencia de silla de ruedas Dependencia de otras máquinas y dispositivos capacitantes Incontinencia urinaria, no especificada Hemiplejía Secuelas de infarto cerebral*". En la Orientación prestacional consigna "*Hogar.- Prestaciones de rehabilitación.- Transporte*";

c) copia del recibo de haberes de Ángela Salzmán correspondiente al mes de febrero de 2019, donde consta un ingreso líquido de \$ 6661,00, al que habría que sumarle descuentos no obligatorios, sino por bienes y/o servicios, tales como el código 812 de SI.De.Cre.E.R. por \$ 3.313,57; el código 829 por Serv. M.U.P.E.R. que asciende a \$ 3.935,49; y el código 960 de un préstamo Nvo. BERSA por \$ 3.183,11. Asimismo, se advierte un descuento por crédito asistencial IOSPER que asciende a \$ 2.215,41, que tiene como beneficiaria a la propia Obra Social. Ello totalizaría un salario neto de \$ 17.093,17 -sin tener en cuenta el crédito de la Obra Social-, monto que, por la naturaleza de los descuentos, corresponden presumiblemente a compromisos destinados a solventar su vida, teniendo presente que es recién a partir de este año 2019 que Ángela Salzmán vive en el geriátrico;

d) partida de nacimiento que acredita el vínculo entre madre e hija;

e) primer pedido de cobertura a la Obra Social fechado el 10 de enero de 2019 -fs. 7-;

f) presupuesto del Hogar con un valor total de \$ 28.000 por mes incluyendo asistencia médica, enfermeras, nutricionista, técnica en psicogerontología, terapeuta ocupacional, servicio de emergencias, servicio de comida, lavandería, servicio de mucamas, personal permanente al cuidado,

servicio de kinesiología;

g) copia de la habilitación municipal -fs. 9-;

h) copia de formulario de inicio del trámite de habilitación provincial iniciado el 16/02/2018;

i) constancia de consulta del estado de dicho expediente bajo el número 2084699 -fs. 11-;

j) copias de certificados médicos e historia clínica -fs. 12/15 vta.-;

k) copia de información del trámite ante IOSPER;

l) presentación de pronto despacho; y

m) copia de la Resolución Conjunta 1/2018 de la Secretaría de Gobierno de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad, con la tabla de aranceles que aprueba -fs. 18/19-;

La demandada acompañó:

a) copia de planilla con información del trámite ante IOSPER -fs. 46-, punto k) de la prueba de la actora;

b) copia del pedido de Salzmán, fechado el 10 de enero, punto e) de la prueba de la actora;

c) copia de los formularios sobre la Institución Geriátrica que debe completar el médico responsable y/o el titular -fs. 48/49-;

d) constancia de inscripción en AFIP -fs. 50-;

e) copia de nota dirigida al IOSPER en el que informa tener cupo para recibir al afiliado fechada el 27/11/2018 -fs. 51-;

f) copia de formulario con detalles del estado de Ángela Salzmán que completó su médico que incluye una tabla para determinar la independencia -autovalencia- de la paciente, con escala que va del 1 al 7, donde 1 es el máximo de necesidad de asistencia llegando hasta el 5, mientras que 6 y 7 son escalas de independencia. Ángela Salzmán fue calificada con valores de 1 en 12 ítems, 2 en 6 ítems, y 3 en un ítem (fs. 52 a 57);

g) listado de medicamentos que necesita Ángela durante el día -fs. 58-;

h) planilla de petición de cobertura al IOSPER -fs. 59/60-;

i) copia del presupuesto, punto f) de la prueba de la actora;

j) copia de la habilitación municipal, punto g) de la prueba de la actora;

k) copia del inicio del trámite de habilitación provincial -punto h) prueba de la actora;

l) copia del pedido de pronto despacho -punto l) de la prueba de la actora-;

m) copia de la pertenencia al PAMI -fs. 67-;

n) copia de los listados de consumos prestacionales -fs. 68/70-;

Expediente administrativo de habilitación:

En el acto celebrado el 12 de abril, el funcionario citado a cargo de las habilitaciones de las instituciones de servicios geriátricos -Ley 9823- cumpliendo la orden judicial, concurrió con el expediente del trámite a la habilitación, extrayéndose copia certificada que se agrega por cuerda a esta causa.

Del análisis del mismo -número 2084699- surge que se inicia por la petición de Orlando José María Ferreira Veiga el 16/02/2018. A lo largo del mismo se advierten las constancias y contrataciones de los profesionales de la Residencia; constancias fiscales; detalle de equipos no médicos; Inscripción en el registro de generador y operador de residuos peligrosos de la Municipalidad de Paraná; Certificado Ambiental extendido por la Municipalidad de Paraná; informe técnico de ingeniero respecto de las condiciones edilicias con análisis respecto de evacuación, incendio, condiciones eléctricas; uso conforme de la Municipalidad de Paraná; planos del inmueble con informe técnico edilicio firmado por Arquitecto; dictamen de la Lic. Jesica J. Kerbs del equipo técnico del Departamento de Atención Médica que refiere a la imposibilidad de que la institución acepte menores de 65 años; así como la necesidad de contar con profesional de Trabajo Social y Terapeuta Ocupacional, conforme el artículo 31 de la Ley 9823; solicitud de la Médica Auditora para que se notifique al peticionante sobre cuestiones faltantes; notificación; informe de Kerbs fechado el 11 de abril del corriente donde hace un resumen de lo actuado en el expediente y refiere a reiterada comunicación telefónica con el encargado de la institución.

Constatación judicial:

Nos constituimos en la institución de residencia geriátrica ubicada en

calle Artigas 1989 el día 12 de abril, conjuntamente con el actuario, Alejandro Grieco, la Oficial Principal de este organismo judicial, Daniela Vacalluzzo, el encargado de la documentación audiovisual del acto, Alejandro R. Spinelli; la señora Defensora Pública, Inés Susana Ramayo; y el Jefe del Departamento Médico Forense, Luis Moyano. Se produjo el registro de dicha constatación, el que queda grabado bajo el número MD5: 20190412 Salzman MA Amparo CCA.wmvMD5, 82a7698499c09f84ceacb62f473bc035, conforme certificación del Responsable del Área Informática del Poder Judicial, Ing. Omar Pagliotto -fs. 86-, junto con las demás personas convocadas en la resolución judicial que dispuso la constatación y que se reseñaron en el punto 5.) de la presente.

En el marco de dicho acto, y luego de la presentación por el actuario, expliqué el motivo del mismo, consulté al Dr. Elías el estado del expediente de habilitación del hogar. El funcionario explicó que faltó un asunto vinculado al plano presentado, papeles de AFIP y ATER, y otra cuestión que no recordó. El referido profesional interactuó con quien se presentó como Marisel, esposa del responsable del Hogar y que figura en la solicitud de habilitación. Ella le reclamó la pérdida de ciertos documentos, referenció a impedimentos alegados por la Administración para ir a efectuar la inspección (*"me dijeron que no tenían auto, ofrecí traerlos en el mío, me respondieron que no se podía"*), y reconoció la falta de asistente social y terapeuta ocupacional. Refirió al vencimiento del contrato de locación y su renovación, por lo que tenía, al momento, los requisitos faltantes y los iba a llevar. El funcionario y la persona responsable fáctica del hogar, intercambiaron palabras respecto de las condiciones de habilitación, adelantando el Dr. Elías que avanzarían, tomando la recorrida realizada a raíz de la convocatoria como el acto de inspección correspondiente y necesario previsto en el procedimiento.

Recorrimos algunos lugares comunes de la institución, y luego el Médico forense procedió a efectuar una revisión de la paciente, a los fines del dictamen de su competencia. Se dio por finalizado el acto, previo agradecer a los intervinientes su asistencia y colaboración.

7.4. El derecho involucrado.

La señora Ángela Salzman, es una adulta mayor que además posee certificado de discapacidad. Por ende, goza de una doble protección

convencional –cfr. referencias del dictamen de la señora Defensora Pública, fs. 90-, a través de la Constitución Argentina que les otorga igual jerarquía que a sí misma –art. 75 inciso 22- y de otras normas de la Constitución argentina, así como de la Constitución entrerriana. Esta última, en particular, prevé en el artículo 18 in fine que "*Con la participación de la familia, el Estado reconoce a los adultos mayores el pleno ejercicio de sus derechos, brindándoles asistencia, seguridad y previsión social...*", mientras que el artículo 21 ordena al Estado asegurar "***a las personas con discapacidad y en su caso a sus familias:el contralor de todo centro público o privado de asistencia y alojamiento...***"

Lo requerido por Salzmán, encuentra su previsión en los artículos 18 de la Ley Nacional 24901 -prestaciones asistenciales- así como en los artículos 29 y siguientes de la misma norma, en especial, por la definición que éste contiene aplicado al caso y porque así lo refiere el Certificado de Discapacidad, el artículo 32 que reza "*Hogares. Se entiende por hogares 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 estará dirigido preferentemente a las personas cuya discapacidad y nivel de autovalidamiento e independencia sea dificultosa a través de los otros sistemas descritos, y requieran un mayor grado de asistencia y protección*".

Para determinar los valores de las prestaciones, se recurre a la tabla de aranceles vigente aprobada por Resolución Conjunta 1/2018 de la Secretaría de Gobierno de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad. Dicha tabla distingue entre Hogar permanente y varias categorizaciones dentro de éste, y Residencia Permanente. Ambas divididas en Categorías A; B; y C.

Por su parte, la Ley provincial 9891 amén de adherir a la Ley Nacional de Discapacidad, manda en el artículo 9, respecto de las prestaciones asistenciales básicas, que "*El Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos -I.O.S.P.E.R.- garantizará las prestaciones en discapacidad a sus afiliados obligatorios en el marco del Decreto Ley 5326/73 ratificado por Ley 5480, sus modificatorias y sus normas reglamentarias, sin perjuicio de las facultades y obligaciones a favor del directorio establecidas en el Artículo 12 de dicha ley*".

En relación a la defensa del Instituto de la Obra Social de la Provincia respecto a la falta de habilitación de la Residencia, debo decir que las Instituciones Geriátricas en la provincia de Entre Ríos están regidas por una norma preciosa y una reglamentación más preciosa aún, la Ley 9823 y el Decreto 3090/2010. La definición de esta norma no coincide con las categorías de la Ley Nacional de Discapacidad. Sin embargo, tal falta de correspondencia no impide analizar los siguientes tópicos.

La norma local referida prevé que las instituciones y/o servicios geriátricos son aquellos que, con residencia permanente o no permanente, tienen como objetivo brindar todos o algunos de los servicios que enumera el artículo 2º (alojamiento; alimentación; asistencia médica de primer nivel; recreación; laborterapia u otros servicios relacionados), y además que estén destinados a la atención biopsíquica de ancianos que padezcan enfermedades que requieran de atención médica y de enfermería permanente o no permanente –ancianos no autoválidos-.

Conforme el artículo 4º de la ley, en el ámbito de la Secretaría de Salud funciona quien ejerce como autoridad de aplicación que es un Equipo Profesional Interdisciplinario Básico. El artículo 7º de la ley le atribuye la competencia para habilitar y la responsabilidad de constatar la forma de funcionamiento de -en el caso- los geriátricos; le obliga a llevar un Registro Público de esta clase de instituciones; lo faculta a percibir una tasa de habilitación y acreditación, le da competencia para aplicar sanciones, cuyo régimen está previsto en el Capítulo V, a partir del artículo 38, que van desde apercibimiento y emplazamiento para regularizar la situación que dio motivo, multa y clausura temporaria o permanente.

El detalle de estas competencias está especificado minuciosamente en el Decreto 3090/10 MS reglamentario de la ley -artículo 4-.

7.5. La solución al caso

El diagnóstico médico y el dictamen del Médico Forense, todo debida y prolijamente documentado en autos, dan cuenta de la poca autovalidación que tiene la señora Ángela Salzmán, encontrándose en las categorías más bajas según los parámetros de medición -1 y 2-, lo que implica que necesita asistencia

para los asuntos más básicos de la supervivencia -alimentación, vestido, higiene, movilidad-.

Asimismo, que padece varias condiciones patológicas derivadas de su edad y del cuadro clínico diagnosticado. Condiciones éstas que requieren tratamiento y cuidado permanente.

Por tanto, no se trata solo de que su familia -tres hijos- pudieran cuidar de ella, sino que el cuadro que ha quedado configurado conforme la ciencia médica de modo tal que se involucra la necesaria asistencia de profesionales especializados de toda índole, los que se encuentran reunidos en la Residencia donde ya está alojada.

Por otra parte, el certificado de discapacidad está orientado específicamente al asunto que motiva la presente acción, ya que la "orientación *prestacional*" específicamente consigna "*Hogar. Prestaciones de rehabilitación. Transporte*".

Es claro que la Obra Social no ha cuestionado ni discutido la condición médica y ni siquiera ha referido a la improcedencia de la cobertura -más allá de la disquisición sobre valores que a continuación analizaré-, por lo que ya me encuentro en condiciones de afirmar que la cobertura económica del 100% correspondiente al costo de internación geriátrica por el término del año, según valores fijados por la resolución 1/2018 resulta procedente.

No surge de autos y de una consulta a la página del Iprodi, que éste, como autoridad de aplicación de las normas de discapacidad, tenga o haya categorizado, conforme las leyes nacionales, los hogares, residencias, etc. en la Provincia de Entre Ríos.

La distinción entre internación geriátrica y gerontológica que emana de la norma que regula el funcionamiento de estos lugares pareciera tener similitud con "*hogares*" y "*residencias*" en el régimen nacional, sin perjuicio que la Resolución 18/2018 distingue en categorías "A"; "B", y "C". Es cierto que las reglamentaciones a la norma nacional -Resolución 44/2004- está prevista para un universo más amplio que el de cuidados geriátricos que regula la ley provincial, cuando prevé las categorías de "hogares" y "residencias", pero interpreto que se encuentra comprendido el caso de hogares para personas con discapacidad que además reúnen el requisito de edad mínima para ingresar a las

normas regulatorias de las instituciones geriátricas.

La cobertura, en este proceso, está limitada por la pretensión de la parte que requirió "Hogar Permanente" - Categoría C, y aceptó abonar la diferencia con los ingresos de la beneficiaria. Es claro que tanto desde el punto de vista del Certificado de Discapacidad como desde la condición médica constatada en autos, la categoría de la prestación es Hogar y no Residencia, diferenciándose, esencialmente, en el autovalidamiento para las Residencias y la inexistencia o escasez del mismo para los Hogares.

La categoría "C" de Hogar solicitada en el encuadre de cobertura efectuado en la acción, es la más baja de las tres posibles ("A"; "B"; y "C", previstas en las tablas de aranceles), por lo que la falta específica de categorización por la Provincia, no obsta al reconocimiento ya que, en todo caso, el valor podría ser mayor, pero nunca menor.

Sin perjuicio del ofrecimiento efectuado por la amparista, el valor presupuestado por el Hogar "San Miguel" es inferior al máximo de la cobertura vigente a partir del 1/11/2018 por imperio de la Resolución Conjunta 1/2018 de la Secretaría de Gobierno de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad, aplicable, en su caso, ante la falta de disposición expresa. Por tanto, el monto de la condena responderá al que prevé la categoría "C" de "*Hogar permanente*" de la Resolución si el costo fuere superior a éste, y si fuere inferior, al monto que efectivamente perciba el Hogar por los servicios que le brinda a Ángela, en el caso, veintiocho mil pesos (\$ 28.000,00).

Lo último que cabe analizar es la negativa a la cobertura con fundamento en la falta de habilitación, lo que, adelante, no es suficiente razón para considerar la legitimidad del comportamiento de la obra social.

En primer lugar porque la carga del control del ejercicio de estas actividades -poder de policía- está en cabeza de la Provincia -en algunos aspectos concurrentemente con el Municipio- a través de diversos órganos -Secretaría de Salud, Iprodi, etc.-. La Obra Social demandada está por fuera del sistema de las leyes 23660 y 23661 y es una entidad con autarquía, descentralizada del mismo Estado Provincial pero solventada con los aportes de éste y también de los afiliados, a la que obligatoriamente deben contribuir los empleados del Estado Provincial, de los municipios, y los beneficiarios del

sistema previsional también local, por mencionar sólo los principales componentes de la integración de su patrimonio.

En consecuencia, como persona jurídica autárquica que se relaciona con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía -art. 1º del decreto ley 5326, ratificado por ley 5480, y modificatorias-, gobernada por un Presidente y un Directorio que representan a los distintos estamentos que aportan y son beneficiarios de la Obra Social, bien podría, en el marco de las competencias que la ley le otorga, instar la definición de los asuntos aún pendientes de regulación o el ejercicio del poder de policía, a través de las relaciones inter e intra institucionales con el Estado con quien tiene estrecha vinculación, entre otras, por las motivaciones antes explicadas respecto de la estructura de organización administrativa constitucional y respecto de ser quien brinda cobertura a los empleados públicos en actividad y pasividad.

Por otra parte, y más allá de los requisitos faltantes para obtener la habilitación, es la Provincia de Entre Ríos, a través de la competencia asignada por ley a la Secretaría de Salud, y, en concreto, al funcionario Eduardo Elías, quien debe controlar el funcionamiento -no sólo la habilitación- de los hogares destinados a la geriatría, por lo que la responsabilidad, en su caso, a ellos le deberá ser atribuida, tanto por las omisiones como por las consecuencias de sus acciones, teniendo presente que tiene amplias facultades de control y sanción que fueron antes descriptas.

No emerge de las constancias de la actuación administrativa cuyas copias acompañó la accionante y también la demandada, ni tampoco del trámite de este expediente, que la Obra Social ofreciera una solución alternativa a la necesidad de Ángela Salzmán. Declaró en la presentación que no tiene convenio con ningún hogar, y que no tendría inconvenientes en la cobertura con un Hogar habilitado, aunque no mencionó ninguno.

Basta ingresar a la página del Gobierno de la Provincia de Entre Ríos <http://www.entrerios.gov.ar/msalud/wp-content/uploads/2016/09/geriatricos-privados-en-entre-rios-habilitados3.pdf>, para obtener un listado de geriátricos habilitados. Me pregunto ¿IOSPER no podía consultar con ellos su cupo y precio, y contratar u ofrecer a la amparista su ubicación en alguno?, porque de lo contrario, la simple negativa a la cobertura a la que está obligado por ley y

reglamento supondría un "*todo o nada*" inadmisibles frente a la vulnerabilidad de la señora Ángela Salzmán y su condición de salud. El principio de buena administración así lo indicaría.

Por otro lado, también es cierto que la responsabilidad por la elección cae, primariamente, en la familia y la propia Ángela, más allá que, tanto al momento en que se inicie un trámite para obtener habilitación como al concurrir el funcionario responsable al hogar, tiene sólo dos posibles caminos: 1) gestionar y apuntalar la habilitación con el acuerdo de los responsables del lugar -destaco que no surge del expediente cuya copia se agregó por cuerda y que lleva el número 2084699 ni fue mencionado por el Dr. Elías la existencia de alguna situación que comprometiera la seguridad física de Ángela Salzmán en ese lugar-; 2) o, de lo contrario, aplicarle las sanciones previstas en la norma dentro de las que está prevista la clausura.

Vale recordar que en materia de derecho público, las competencias de los funcionarios públicos no se rigen por la regla de la permisión -todo lo que no está prohibido está permitido- sino por la regla de la competencia. Esto significa que sólo puede hacer lo que la ley le autoriza pero que, además, la competencia encierra, supone, o es también, una potestad por lo que su ejercicio es un "*poder*" pero también un "*deber*" cuya omisión trae consecuencias jurídicas.

Estas consideraciones justifican que la presente sentencia sea notificada al Estado Provincial, en cabeza de quien tiene no sólo la responsabilidad de su representación en juicio, sino también la de ser el máximo órgano de contralor de la actividad administrativa, el Fiscal de Estado de la Provincia de Entre Ríos.

Por ello, la elección de la amparista, en la medida en que no aparezca irrazonable, o la obligada a la cobertura ofrezca una alternativa igual o mejor, o más eficaz o eficiente sin alterar la necesidad, no puede ser obstáculo para que quien debe brindar la cobertura así lo haga.

Concluyo que la pretensión de cobertura de los gastos para que Salzmán resida y reciba los tratamientos indicados por la ciencia médica en el Hogar "**San Miguel**" a los valores del presupuesto que acompañó su hija, cobertura que no podrá exceder el estipulado para la categoría "**C**" de "**Hogares**" que prevea la tabla anual que apruebe la Secretaría de Gobierno y

Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad, debe prosperar, por estar ajustada a las obligaciones que la Ley Nacional de Discapacidad y la provincial que adhiere a ésta, le imponen a la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos, en los términos en que, salvo oferta alternativa e igualmente útil por parte de ésta, ha requerido la accionante.

En cuanto al tiempo de cobertura que esta sentencia dispone, cabe considerar que la amparista petitionó por el término del presente año -2019-. No surge que se haya abonado cuota alguna desde febrero -fecha en que, luego de la presentación del certificado de discapacidad el 7/02/2019- la accionante intimó a la Obra Social a que le brinde una respuesta, por lo que entiendo que condenar a la Obra Social a la cobertura desde el 7/2/2019 hasta diciembre, no resulta ser retroactivo ni reintegrativo, sino la fecha a partir de la cual, razonablemente, la Obra Social debió cumplir con la solicitud, teniendo presente que la titular del derecho ya está en ese lugar.

Si bien es cierto que la petición original fue en enero, sólo a partir de la existencia del Certificado de Discapacidad -presentado ante la Obra Social el 7/2/2019- hubiera existido obligación de cobertura en los términos de la presente condena, siendo además, posible que el pago se realice a mes vencido, con lo que la primera obligación hubiera vencido los primeros días del mes de marzo, encontrándose además en término al momento de interponer la demanda el 5/04/2019.

El IOSPER, en consecuencia, deberá hacer efectiva su cobertura desde el 7/02/2019 abonando -contra recibo, por subsidio, o a través del mecanismo que mejor se ajuste a sus necesidades administrativas y de control- el monto correspondiente a la prestación aquí ordenada, hasta el mes de diciembre de 2019 inclusive, siempre que las circunstancias fácticas que subyacen a la acción se mantengan.

Finalmente, no advierto motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota respecto a la imposición de costas a la accionada vencida conforme el artículo 20 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

8. Con respecto a los honorarios a regularse es de considerar, que la aplicación del mínimo arancelario previsto en la ley local -art. 91- asciende a la suma de \$26.500 (50 juristas a valor actual de \$530), cifra

desproporcionada en relación a la importancia de la labor cumplida, todo sin desconocer la vigencia de la Ley 10.337 y sin desmerecer la actividad del profesional que ejerció la representación letrada de la actora. La fijación del honorario en acciones como la presente, por mayoría, ha sido criterio de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, por lo que corresponde ajustarse a tal decisión para evitar el dispendio de la interposición de un recurso y que éste prospere.

Al respecto, considero pertinente hacer referencia a la opinión vertida por la señora Vocal del Alto Cuerpo, Claudia Mizawak, quien tiene dicho: *"Entiendo que para valorar las regulaciones de honorarios profesionales corresponde aplicar las pautas fijadas por el párrafo tercero del art. 1255 del Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente que su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador y que si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución... Teniendo en cuenta que en la instancia de grado de un juicio de amparo la labor profesional se circunscribe al inicio del proceso -escrito de demanda y prueba incorporada- ya que el resto -notificaciones, cédulas- se efectúa de oficio, así como la real o probable dedicación que implicó la confección del memorial de interposición, concluyo que los estipendios fijados no resultan correctos. En el caso, la lisa y llana aplicación de los mínimos dispuestos por la ley arancelaria local, conducen a una injustificada e irrazonable desproporción entre el efectivo trabajo desarrollado y su retribución económica..."* (**"ROLANDELLI BERTOLI MARIA NAZARENA C/ ESTADO PROVINCIAL S/ APELACION DE HONORARIOS"**, 02/11/16, entre otros).

Postura adoptada por el señor vocal de la Sala Penal del S.T.J. Miguel A. Giorgio en los autos: **"LEGUIZA JESUS BELEN C/ MUNICIPALIDAD DE SAN GUSTAVO S/ ACCION DE AMPARO POR MORA"**, del 27/04/17, donde expuso: *"En tal sentido destaco que conforme el criterio que he seguido en mi función como juez de grado, propongo que a los efectos de la nueva regulación a practicarse, se aplique el art. 1.255 del Cód. Civil y Comercial, por ser preponderante por sobre el articulado de la Ley*

Provincial N° 10.377 y, por lo tanto, procede analizar la concreta labor cumplida por el profesional en el sub exámine, la proporción entre la importancia de dicha labor y la retribución que corresponde fijar por ella... Al adoptar esta tesitura, entiendo que los honorarios deben ser morigerados de acuerdo a las pautas generales conocidas, esto es, entre otras el valor, mérito y eficacia de la labor desarrollada, la complejidad y novedad de la cuestión planteada, el éxito obtenido, el valor de precedente o la probable trascendencia forense o social de la solución del caso...".

Por ello, me pronuncio por establecer por debajo del mínimo previsto en el art. 91 los honorarios del letrado que ha promovido la acción, fijándolos en la suma de **PESOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$18.550)**, equivalente a 35 juristas.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la acción de amparo promovida por la señora **María de los Ángeles Salzmán** -quien actúa en nombre y representación de su madre **Ángela Teresa Salzmán**- contra el **Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos**, con costas a la demandada vencida (art. 20 Ley 8369).

II.- Condenar a la obra social a que haga efectiva su cobertura de los gastos para que **Ángela Teresa Salzmán** resida y reciba los tratamientos indicados por la ciencia médica en el Hogar **"San Miguel"** a los valores del presupuesto que acompañó su hija, desde el 07/02/2019 abonando -contra recibo, por subsidio, o a través del mecanismo que mejor se ajuste a sus necesidades administrativas y de control- el monto correspondiente a la prestación aquí ordenada, hasta el mes de diciembre de 2019 inclusive, siempre que las circunstancias fácticas que subyacen a la acción se mantengan. Establecer que el máximo de la cobertura será el equivalente al fijado para la categoría **"C"** de **"Hogares"** que prevea la tabla anual que apruebe la Secretaría de Gobierno y Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad.

III.- Notificar la presente al señor Fiscal de Estado de la Provincia de Entre Ríos conforme los considerandos de la presente.

IV. Regular los honorarios profesionales del abogado

Alejandro David Luna en la suma de **PESOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$18.550), equivalente a 35 juristas.** -arts. 3, 5, 91 y ccdtes. del Decreto Ley 7046, ratificado por Ley 7503 y Ley 10377-.

V.- No regular honorarios a la representante del Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos atento lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria.

Regístrese y notifíquese con habilitación de días y horas, a las partes y al Ministerio Público de la Defensa conforme arts. 1 y 5 del Acuerdo General N° 15/18 del Superior Tribunal de Justicia - Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE)- y al Fiscal de Estado de la Provincia de Entre Ríos Personalmente o por cédula.

En estado, archívese.

Gisela N. Schumacher
Vocal de Cámara

ANTE MI:

Alejandro Grieco
Secretario

SE REGISTRÓ. CONSTE.

Alejandro Grieco
Secretario

LEY 7046

Art. 28: NOTIFICACIÓN DE TODA REGULACIÓN. Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula.- Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art. 114.-

Art. 114: PAGO DE HONORARIOS: Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenidos por escrito cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29º desde la regulación y hasta

el pago, con más un interés del 8 % anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que queda fijado definitivamente en instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales. -

En igual fecha se remitió mail de refuerzo al correo electrónico de las partes, y se libró una cédula con habilitación de días y horas. CONSTE.

Alejandro Grieco

Secretario