

Expediente N° C-255531/2024

Organo: **Tribunal Contencioso Administrativo-Sala I-Vocalía 2**

Fecha: **25/9/2024**

Voces Jurídicas:

**MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD
COBERTURA**

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, a los 25 días del mes de septiembre del año dos mil veinticuatro, reunidos en la Sala I del Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy, los doctores David Jorge Casas y Ruth Alicia Fernández vieron el expediente N° C-255.531, caratulado "MEDIDA AUTOSATISFACTIVA: A. M. A. c/ INSTITUTO DE SEGUROS DE JUJUY- ESTADO PROVINCIAL", que se encuentra en estado de resolver.

El Dr. Casas, dijo:

I.- Que, con fecha 28/8/24, se presenta la Dra. Liliana Fidela Nuin, defensora oficial del Ministerio Publico de la Defensa, en representación de M. A. A. quien acciona en nombre de su hijo D. E. M.; promoviendo medida autosatisfactiva en contra del Instituto de Seguros de Jujuy (ISJ, en adelante) a fin que se lo condene a brindar cobertura integral al menor de las siguientes prestaciones: (i) se ordene al ISJ que abone la hora de enfermero/a a valores actualizados y actualizables fijándose actualmente una suma mínima de \$3.000 por hora y que el mismo sea actualizable, teniendo presente el presupuesto que se le requiere por los enfermeros pediátricos particulares a su mandante por ese valor, actualizable cada tres meses; (ii) luego de ello, que sea el ISJ el que realice la búsqueda y negociación con los enfermeros; (iii) se dicte resolución para asegurar la entrega regular en tiempo y forma, sin costo, de todos los medicamentos e insumos médicos necesarios para atender las dolencias del niño, en especial 150 zaleas descartables en forma mensual a ser entregadas de manera regular y consecutiva y pañales GoodNites, haciendo constar que el niño utiliza un mínimo de 4 pañales por día.

Expresa que el niño D. E. M., de 5 años de edad, es parte de una familia con bajo nivel socio económico y conforme el Certificado Único de Discapacidad que adjunta presenta el siguiente diagnóstico: traqueotomía, dependencia de otras máquinas y dispositivos capacitantes, epilepsia, parálisis cerebral espástica, hipoacusia neurosensorial bilateral, dependencia de silla de ruedas.

El equipo médico que lo atiende le informó a la Sra. A. que su hijo necesita asistencia de enfermero, sobre todo hasta tanto se cierre la traqueotomía y deje de hacer espasmos de sollozos y apneas prolongadas. Sin embargo, la cobertura proporcionada es parcial porque se abonó a los enfermeros un valor hora de \$1.500 el que se actualizaría a \$1.600. Dicha suma que deposita el ISJ a cada uno de los enfermeros es insuficiente, a punto tal que los enfermeros que están prestando el servicio le informaron a su mandante que solo estarán hasta el día 31 de agosto ya que, dadas las características y la gravedad de la situación de D., no pueden prestar el servicio por ese monto. Que la cifra es insuficiente teniendo en cuenta que su mandante es carente de recursos y se encuentra imposibilitada de abonar la diferencia, lo cual coloca al niño en una situación inminente de peligro para su salud y vida.

Por otra parte, en contraposición con lo establecido por las leyes 4398 y 24.901, el valor de la hora que abona el ISJ por esa prestación sería inferior al que abona por la misma prestación a los afiliados y, además, cabe tener presente que la Sra. A. no tiene ingresos ni tiene posibilidades de salir a trabajar debido a las graves patologías de su hijo.

II.- Conferido traslado de la demanda al Estado Provincial, el 5/9/24 se presenta el Dr. Franco Martín Yanicelli, procurador Fiscal, solicitando su rechazo.

Afirma que la parte actora no solo pretende un improcedente pago más elevado de la hora de enfermería sino que también solicita que sea el ISJ quien realice la búsqueda y negociación de los profesionales. Asimismo, requiere la provisión de 150 zaleas y pañales.

Que resulta evidente cómo, so pretexto de atender "necesidades urgentes", se busca obtener del ISJ determinadas prestaciones que: 1) Resultan notoriamente improcedentes, no encontrándose justificadas ni respaldadas, amén de carecer de la urgencia que el caso requiere (v.g. pago más elevado de las horas, búsqueda y negociación de los profesionales); 2) Ya fueron satisfechas íntegramente, una vez que la contraparte ha dado cumplimiento con los requisitos indispensables para ello, por lo que no resulta procedente un doble pago por idéntico concepto (v.g. zaleas y pañales).

Que conforme surge de las actuaciones administrativas, que corren bajo expedientes N° 761-S-7580-2024, 761-S-7718/2024 y 761-S-10857/2024, el ISJ provee al niño D. E. M., entre otras prestaciones de rehabilitación, pañales descartables (120 unidades por mes), zaleas descartables (6 cajas de 150 unidades por mes) y el servicio de enfermería conforme surge de las Resoluciones N° 295-ISJ-P-2024 y 1036-ISJ-P-2024, por lo que esta parte

considera que existe sustracción de la materia litigiosa, en autos, tornando abstracto el reclamo efectuado por la parte accionante.

Que, resulta necesario advertir que el niño D. M. se encuentra incorporado al ISJ desde el año 2020, sin pago de aportes, en virtud de las disposiciones establecidas en los art. 6° y 15° de la ley 4398. Así las cosas, la norma provincial, también citada por la actora, crea un sistema de prevención y asistencia por parte del Estado para las personas con discapacidad, estableciendo un sistema conjunto y articulado entre todos los organismos estatales a los fines de garantizar la integración de este grupo de personas. En ese orden de ideas, la actora no ha demostrado haber instado otras vías a los fines de integrar los servicios de enfermería, tal como lo pretende. Queda claro, entonces, que ante su insatisfacción, la accionante debió haber gestionado ante otros organismos estatales (Ministerio de Salud, Ministerio de Desarrollo Humano, Ministerio de Educación), el reconocimiento aquí pretendido. Sin embargo, en un abierto exceso, se limita a requerir al ISJ la cobertura de las denominadas prestaciones complementarias (ley 24901) y lo que es peor aún, a valores que exceden ampliamente el presupuesto de la obra social.

En tal sentido adviértase que en el caso concreto, el ISJ, extralimitando sus obligaciones frente a este tipo de afiliados, autorizó el servicio de enfermería, pagando el valor establecido por las normas de esta Institución toda vez que, siendo ésta una de las prestaciones complementarias a la que alude la ley 24901, resulta excesivo pretender que se reconozca este servicio a valores CCT o valores establecidos por el Colegio de Enfermería, mas el servicio de coordinación de enfermería, tal como exige la accionante.

Que, si bien la obra social debe brindar las prestaciones de rehabilitación y asistencia médica, ello no debe serlo bajo la modalidad y los costos exigidos por los afiliados, máxime cuando se encuentra acreditado que éstos no realizan aportes económicos, tal el caso que nos ocupa.

A mayor abundamiento, corresponde advertir que el presupuesto del ISJ está constituido por los aportes y contribuciones que realizan los agentes de la administración pública provincial, los que deben ser distribuidos de manera equitativa para hacer frente a las diversas patologías o prestaciones que sus afiliados solicitan.

Finalmente, corresponde señalar que el ISJ como prestador de servicios de salud, se limita a pagar las prestaciones recibidas por los afiliados, razón por la cual, en ninguno de los casos y bajo ninguna circunstancia puede quedar obligado a la búsqueda y "contratación" de los enfermeros, tal como lo exige la actora.

En tal sentido, se debe tener presente que la CDN y la Ley 26061 sitúan en primer lugar a la familia del niño como responsable del cumplimiento y protección de los derechos que le corresponden, siendo el Estado garante de tal cumplimiento ante la inacción del grupo familiar continente de los NNyA, motivo por el cual la Sra. A. no puede excusarse de su deber, so pretexto de las supuestas dificultades en la búsqueda y negociación con los enfermeros. Recae sobre la mentada, y su cónyuge -progenitor del menor- tal deber, debiendo asimismo resaltarse que los enfermeros por los que opten deberán ser, en todos los casos, prestadores del ISJ.

En consecuencia, atento los fundamentos aquí expuestos, se debe tener presente que, en el caso que nos ocupa, el ISJ se encuentra cumpliendo con las prestaciones requeridas por el afiliado, motivo por el cual corresponde el rechazo de la demanda incoada

III.- Conferido traslado sobre los hechos nuevos, en fecha 13/9/24 la accionante niega que no sea procedente la petición de pañales y zaleas por existir un expediente, dado que lo que se pide es la entrega continua y regular de los mismos.

Que la URGENCIA de la petición se encuentra acreditada en la circunstancia de cese del servicio de enfermeros como consecuencia del pago de un monto insuficiente por parte del ISJ ya que manifestaron que dejarían de prestar el servicio a los valores que perciben.

Así es que, conforme resolución 295 del 01 de Marzo de 2024 que "... autoriza la cobertura 100% del servicio de enfermería que requiere el niño M. D. E. Afiliado N° 199094-1/3 veinticuatro (24) horas diarias (\$1500) la hora, por un lapso de 6 meses, desde Febrero /24 por los motivos expuestos en el exordio de la presente." Cifra que no llega a cubrir ni el 50% de los aranceles que fija el Colegio de Enfermeros, conforme planilla que adjuntó en el escrito inicial de demanda.

Que su mandante refiere además que no fue notificada de una nueva resolución, ni se le entregó copia alguna de resolución N°1036/24 [agregada con el escrito de fecha 5/9/24 en archivos adjuntos "761-7580-S-2024 CUERPO-II PARTE-6.pdf"]. Ante la inminencia del corte de servicios por parte de los enfermeros prestatarios actuales, es que su mandante se presenta a solicitar dicha cobertura de manera suficiente, permanente y continua.

Que la prestación debería incluir un listado de prestadores que acepten los aranceles fijados por el ISJ, a fin de que su mandante no sume a su condición de vulnerabilidad la circunstancia y la angustia de tener que gestionar la cobertura por prestación de servicios

y/o aumentos arancelarios y realizar negociaciones con los enfermeros, lo que entiendo la revictimiza.

En cuanto a la provisión de pañales, conforme prueba adjuntada por la propia demandada, cita el Informe del Sr. Saenz Rosario R. Dario, de depósito general del ISJ , en fecha 30 de agosto de 2024 a asuntos judiciales, donde dice lo siguiente:” Según lo solicitado en agregado N° 1 de este expediente cumpla en elevar informe correspondiente a la entrega de pañales para el afiliado M. D. E., como puede observarse en el dorso de fojas N° 5 se autorizó desde el sector de discapacidad la entrega de pañales 120 mensuales por el termino de tres meses a partir el mes de Abril, cabe señalar que por el stock del depósito del Instituto de Seguros de Jujuy se entregan pañales marca COMODIN Ultra. De esa autorización el afiliado retiro en el mes de Junio, como puede observarse en el comprobante de fojas N° 6, en el mes de Julio el Instituto se quedó sin stock de la medida que retiraba el afiliado, por tanto, la próxima entrega se realizó en el mes de Agosto, como puede observarse en fojas N°7, quedando pendiente la última entrega...”.

En cuanto a las zaleas, le dieron en el mes de febrero la cantidad necesaria para 6 meses y luego ya no le renovaron. En enero de 2024 estuvo gestionando la entrega luego de una negativa a proveerle dichos insumos.

IV.- En fecha 16/9/24, la Dra. Norma Amalia Jiménez, defensora Oficial de Menores y Personas con Incapacidad, conforme las funciones asignadas por el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación y demás normas de aplicación, en representación complementaria de D. E. M., procede a emitir dictamen expresando, en lo medular, que si bien la afiliación del niño por el ISJ es en virtud de la ley 4398, arts. art. 6° y 15°, sin pago de aportes de prestaciones básicas, que por ello debe articularse otros organismos estatales a los fines de garantizar la integración de este grupo de personas, como el Ministerio de Salud, Ministerio de Desarrollo Humano, no se observa que dichas condiciones hubieran sido aclaradas a la madre del niño, que en su estado de extrema necesidad requería mayor información y colaboración en facilitar los trámites y gestiones a realizar que son desconocidas por la misma.

Que, la Convención sobre los derechos del niño proclama que se deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los niños y niñas gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas y que en todas las actividades relacionadas con estos una consideración primordial será la protección de su interés superior.

V.- El día 18/9/24, la accionante pone en conocimiento que el ISJ no les abonó los honorarios del mes de agosto a los enfermeros que asisten a su hijo D., y que el equipo de enfermería le manifestó que van a trabajar esa semana y que solo tiene programada la atención hasta el día viernes 20 del corriente mes, por falta de pago y que no hay respuesta del nuevo presupuesto.

Conferido vista, el 20/9/24 Fiscalía de Estado expresa que deja formulada expresa oposición a las consideraciones vertidas por la parte contraria. Que se reafirma la postura plasmada al momento de contestarse el traslado de demanda: el ISJ ya se encuentra dando cumplimiento a las pretensiones esgrimidas por la accionante.

VI.- Así expuestos los hechos, la causa ha quedado en estado de resolver.

A tal fin, corresponde precisar que la accionante solicita que se ordene al ISJ el aumento de los honorarios que actualmente reconoce a los enfermeros que asisten al menor de \$1.600 a \$3.000 por cuanto resulta ser la tarifa horaria que los mismos requieren cobrar según lo establecido por la institución profesional que los agrupa y que, en lo sucesivo, sea la propia demandada quien realice la búsqueda y negociación con los enfermeros. Asimismo, que se asegure la entrega regular de 150 zaleas descartables y 120 pañales GoodNites en forma mensual y consecutiva.

Por su parte, la demandada arguye que, en cuanto a los honorarios de los enfermeros, paga el valor establecido por las normas de la obra social y que no puede pagar bajo la modalidad y los costos exigidos por los afiliados, máxime cuando estos no realizan aportes económicos a la misma. Que tampoco puede quedar obligado a la búsqueda y contratación de los enfermeros, debiendo resaltarse que los mismos deberán ser, en todos los casos, prestadores del ISJ. En cuanto a las zaleas descartables y los pañales asegura que se están entregando en las cantidades requeridas.

A su turno, la accionante replica que la prestación debería incluir un listado de prestadores que acepten los aranceles fijados por el ISJ. Respecto de los pañales, citando documental agregada en el expediente administrativo que acompaña el escrito de contestación de demanda, deja en evidencia que en el mes de junio la accionante pudo retirar los pañales, en el mes de julio el ISJ se quedó sin stock por lo tanto la próxima entrega se realizó en agosto, quedando pendiente la última entrega. En cuanto a las zaleas, le entregaron en febrero la cantidad necesaria para 6 meses y luego ya no le renovaron.

VII.- En ese marco, cabe referir que los derechos a la salud, integridad y vida, así como la tutela a personas con discapacidad, se encuentran resguardados en múltiples Tratados internacionales con rango constitucional, en función del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna Nacional.

Efectuar una transcripción de los mismos resultaría extenso y poco práctico. Simplemente, vamos a referir que el constituyente jujeño receptó tales en nuestra Constitución Provincial de 1986 y con la reforma introducida en el año 2023 incorporó expresamente a su texto la referida tutela a las personas con discapacidad.

Concretamente, en el art. 19 se tutela el derecho a la vida, en el art. 20 el derecho a la integridad personal y en el art. 21 el derecho a la salud. Asimismo, entre las incorporaciones producto de la reforma del año 2023 y que son de especial relevancia para el presente caso, se encuentra el art. 48 que se titula "PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD".

En el texto de dicha disposición constitucional se plasmó que: "1. El Estado garantiza a las personas en situación de discapacidad todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Gobierno Federal, en esta Constitución y, en especial, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, particularmente los derechos a la plena inclusión, autonomía y trato digno. 2. El Estado propicia el acompañamiento y apoyo a las familias de personas en situación de discapacidad, la toma de conciencia, buenas prácticas y el principio de solidaridad en la ciudadanía, en miras de una inclusión social efectiva. 3. Las políticas públicas estarán orientadas a remover los obstáculos que impidan su participación plena y efectiva en igualdad real de oportunidades en la sociedad".

Dicha norma recepta, en esencia y de manera sucinta, el plexo de derechos humanos tuitivo de las personas con discapacidad.

En esa línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante) -ratificada por ley N° 26.378-, en su art. 1º, segundo párrafo establece que: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

En el presente juicio, se presenta el caso de un niño de 5 años que debido a sus múltiples patologías requiere del cuidado exclusivo de enfermeros las 24 horas, en su domicilio y durante las actividades de rehabilitación y escolarización que desarrolla fuera del hogar.

La cobertura de dicho requerimiento ha sido reconocida por el ISJ conforme se desprende de las resoluciones N° 295-ISJ-P-24 (fs. 24 del expediente administrativo N° 761-7580/24, obrante en archivo llamado "761-7580-S-2024 CUERPO-I PARTE-3.pdf", adjunto al escrito de fecha 5/9/24) y N° 1036-ISJ-P-24 (fs. 299/300 de las mismas actuaciones, archivo titulado "761-7580-S-2024 CUERPO-II PARTE-6.pdf", también adjunto al escrito de fecha 5/9/24). Ahora bien, el reconocimiento efectuado hasta diciembre de 2024 se encuentra condicionado por el valor allí establecido por el ISJ. Desde febrero a julio de 2024 se lo estipula en la suma de \$1.500 por cada hora de enfermería; mientras que a partir de agosto y hasta diciembre del mismo año se lo hace en la suma de \$1.600 por hora.

Por su parte, del presupuesto presentado por la madre del niño ante el ISJ surge que el valor presupuestado por hora por el equipo de enfermería es de \$3.000 (fs. 319/320 del expediente administrativo aludido, archivo denominado "761-7580-S-2024 CUERPO-II PARTE-9.pdf").

En ese contexto, resulta importante destacar que el ISJ ha reconocido como su obligación la cobertura en cuestión.

Además, resulta que la atención domiciliaria del menor, además de resultar vital, es la idónea para promover la participación plena y efectiva del niño, conforme lo estipulado en la CDPD, toda vez que le permite realizar las actividades de rehabilitación que demanda e inserción escolar fuera del hogar.

En ese sentido, cabe ponderar que de llevarse a cabo la atención requerida de otra manera no domiciliaria, potencialmente el grado de participación plena y efectiva del menor no sea equivalente; pues actualmente ésta se está llevando a cabo en el seno de su familia y fuera de ella.

Ahora bien, del propio escrito de contestación de demanda surge que se requiere que la cobertura se cumpla con prestadores del ISJ (capítulo V, penúltimo párrafo, de la presentación de fecha 5/9/24). Por tal motivo, al ser el propio ISJ quien gobierna el listado de prestadores, se encuentra en condiciones de poder ofrecer el equipo de enfermeros capacitados para cubrir los requerimientos concretos del caso al valor fijado

unilateralmente.

Sin perjuicio de ello, en el marco de la tutela urgente que aquí se reclama y hasta tanto el propio ISJ ofrezca la cobertura con enfermeros idóneos para atender al menor, conforme al nomenclador que fije la propia obra social; procede condenarlo a garantizar a partir del 21/9/24 la cobertura de los gastos de enfermería del niño en los términos reconocidos en las resoluciones N° 295-ISJ-P-24 y 1036-ISJ-P-24 pero a un valor de \$3.000 la hora, actualizable conforme a los mínimos establecidos en los baremos que emita el Colegio de Enfermeros de la Provincia de Jujuy.

El reconocimiento de la cobertura se hace a partir de la fecha indicada en el párrafo anterior toda vez que, conforme lo denunciado en fecha 18/9/21 por la actora y que no fuera negado por la demandada, los enfermeros que atienden al niño sólo le brindarían atención hasta el 20/9/24.

En cuanto al monto fijado, prima facie, el mismo resulta razonable a la luz de otros valores de servicios determinados normativamente. Por ejemplo, el valor por hora que legalmente se determina para el cuidado de personas dentro del régimen de la ley N° 26.844 es de \$2.826 por hora; a la sazón que no se trata de personas que posean la cualificación técnica necesaria para llevar a cabo las tareas de atención concreta que requiere el niño D. E.. Por otro lado, el valor del módulo de internación previsto en las prestaciones básicas de la ley N° 24.901, a julio de 2024, es de \$3.365.782,53 conforme a la resolución conjunta del Ministerio de Salud y Agencia Nacional de Discapacidad N° 6/24; sin embargo, el mismo también resulta desproporcionado a las circunstancias del caso toda vez que la prestación brindada al menos no importa el mismo costo que el de una institución médica.

VIII.- Por otro lado, en cuanto a la cobertura de las 150 zaleas y 120 pañales mensuales, cabe efectuar las siguientes precisiones.

Del expediente administrativo N° 761-7718-S-24 surge que se ha reconocido el suministro, entre otros insumos, de las 150 zaleas mensuales, solamente por el término de 6 meses con una cobertura del 100% (fs. 37, archivo rotulado "761-7718-S-2024 PARTE-2.pdf", adjunto al escrito de fecha 5/9/24).

Del expediente administrativo N° 761-10857-S-24 se desprende que el 30/8/24 se informó que se entregaron 120 pañales al niño, a partir de abril y por el plazo de 3 meses; y que a partir de julio el ISJ se quedó sin stock de la talla de pañal requerida, restableciéndose el

suministro en agosto del corriente año (fs. 11, archivo digital titulado "761-10857-S-2024.pdf", adjunto al escrito de fecha 5/9/24).

Que en función de tales antecedentes se advierte que la provisión de los elementos reclamados en autos no resulta ser estable y constante en el tiempo. En el caso de las zaleas, su reconocimiento se extendió solamente por 6 meses y respecto a la entrega de los pañales, se presenta una situación de discontinuidad.

Por ello, no encontrándose controvertido que le corresponde al menor la cobertura integral de dichos insumos y verificada la irregularidad en su provisión, corresponde condenar al ISJ a hacer efectiva la entrega de los mismos en la cantidad requerida de manera mensual, a partir de la notificación de la presente.

Por ello, la Sala I del Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar a la medida autosatisfactiva incoada por M. A. A., en representación de su hijo menor D. E. M., en contra del Estado Provincial.

II.- Condenar al ISJ a garantizar la cobertura de los gastos de enfermería del niño en los términos reconocidos en las resoluciones N° 295-ISJ-P-24 y 1036-ISJ-P-24 pero a un valor de \$3.000 la hora, actualizable conforme a los mínimos establecidos en los baremos que emita el Colegio de Enfermeros de la Provincia de Jujuy, la que se hará efectiva desde el 21/9/24 y hasta tanto el ISJ ofrezca la cobertura con enfermeros idóneos para atender al menor; ello bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias.

III.- Condenar al ISJ a hacer efectiva la entrega de 150 zaleas y 120 pañales a la madre y/o responsable del menor, de manera mensual, a partir de la notificación de la presente y bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias.

IV.- Protocolizar y hacer saber.-

Firmado por Casas, David Jorge - Juez del Tribunal en lo Contencioso Administrativo

Firmado por Fernandez, Ruth Alicia - Juez del Tribunal en lo Contencioso Administrativo

Firmado por Balderrama, Nicolas - Secretario de Primera Instancia