

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil veinticuatro reunidos, de manera virtual, los miembros del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: los señores Vocales Dres. DANIEL OMAR CARUBIA, MIGUEL ANGEL GIORGIO y la Dra. GISELA NEREA SCHUMACHER, asistidos de la secretaria autorizante fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas "RUDAZ, LAUTARO EMANUEL, en representación de R.E.M C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS (IOSPER) S/ ACCION DE AMPARO", Expte. N° 26981.-

Practicado el sorteo de ley resultó que el tribunal para entender quedó integrado en el siguiente orden: señoras y señores Vocales Dres. CARUBIA, GIORGIO, SCHUMACHER, MEDINA y MI ZAWAK.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó la siguiente cuestión:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. CARUBIA, DIJO:

1°) Lautaro Emanuel Rudaz, en representación de su hijo menor de edad, E. M. R., con patrocinio letrado, promovió acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos con el objeto de que se condene a dicha obra social a brindar la cobertura integral de cuarenta y ocho ampollas del fármaco mifamurtida.

Relató -en síntesis- que, debido a la patología de su hijo (osteosarcoma de fémur distal izquierdo) la médica prescribió la realización del protocolo GBTO/2006 e indicó el tratamiento con la medicación en cuestión.

2°) El IOSPER rechazó los pedidos de su afiliado con fundamento en la falta de convenio respecto del medicamento peticionado y

en los cuestionamientos al único estudio de aprobación para su uso.

3°) La sentencia dictada en la primera instancia de este proceso resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida y condenó al IOSPER a brindar la cobertura integral del medicamento oncológico solicitado en el término de 5 días de notificado; además, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte actora.

Luego de analizar la admisibilidad de la acción, destacó los siguientes hechos incontrovertidos de la causa: la calidad de afiliado adherente del menor, patología que padece y la urgencia de tratamiento.

Calificó de arbitraria a la conducta asumida por el IOSPER, en tanto, la obra social demandada no brindó razones atendibles para justificar el rechazo del otorgamiento, ni refirió a la aprobación de la medicación por parte de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT), autoridad de aplicación en nuestro país.

En este orden de ideas, sostuvo que la falta de convenios de la obra social no era un argumento válido, especialmente cuando la provincia asumió el compromiso, internacional y constitucional, de no perjudicar a las personas más vulnerables con intereses económicos.

Agregó que, de conformidad con el dictamen del médico forense, el medicamento solicitado es el idóneo para el logro de la finalidad perseguida, esto es, prevenir metástasis y recaídas en la patología.

Asimismo, destacó que el niño reúne los caracteres clínicos para la implementación del tratamiento preventivo que se solicitó y la simple negativa, sin proporcionar otra opción equivalente, viola su derecho a la salud y el acceso a una mejor calidad de vida.

Fundó sus conclusiones en el siguiente marco normativo: arts. 19 y 21 de la Constitución provincial; y leyes nacionales 23.611 (declara de interés nacional la lucha contra el cáncer, los linfomas, las leucemias y demás enfermedades neoproliferativas malignas), 26.061

(incorpora al derecho interno la Convención sobre los Derechos del Niño), 27.285 (que regula los objetivos, acciones, estructura y organización del Instituto Nacional del Cáncer), y ley provincial 10.252 (creación del Instituto Provincial del Cáncer).

4°) El IOSPER interpuso recurso de apelación y solicitó que se conceda con efecto suspensivo, dado que el alto costo de la medicación impide poder otorgarla en el plazo de la condena (5 días).

5°) Concedido el recurso con efecto suspensivo, y remitida la causa a esta Alzada, se dispuso por presidencia de este STJ, hacer saber a las partes que contaban con el plazo de ley para la presentación de memoriales y que, vencido el mismo, se debía correr vista a los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa para que emitan los correspondientes dictámenes.

6°) En su memorial de agravios la parte demandada expuso que su actuación no fue infundada sino que se basó en la auditoría médica, y destacó que el tratamiento que reconoce (metotrexate, adriamicina y cisplatino) es el estándar sugerido por la Asociación Argentina de Oncología Clínica (AAOC).

Por otra parte, refirió al informe de la Gerencia de Administración de la obra social y efectuó comparaciones entre la suma que tendría que erogar para cubrir el tratamiento completo y la necesaria para cubrir diferentes prestaciones del resto de sus afiliados.

7°) La parte actora presentó su memorial respaldatorio de la sentencia impugnada y solicitó el rechazo del recurso de la contraparte y la confirmación de la sentencia.

8°) El Defensor General de la provincia propició el rechazo del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia en crisis en virtud del derecho fundamental en juego y al carácter progresivo de su tutela.

9°) A su turno, el Procurador General de la provincia opinó

en igual sentido.

10°) El art. 16 de la ley 8.369 dispone que los recursos interpuestos importan también el de nulidad, por lo tanto, este tribunal debe examinar las actuaciones y expurgar del proceso los vicios que eventualmente se constaten.

La parte recurrente y el Ministerio Público Fiscal no hicieron mérito de la existencia de concretos defectos susceptibles de acarrear esta sanción extrema con intención de lograr la nulificación de lo actuado.

No obstante, al efectuar el examen de oficio de las actuaciones, no se constatan vicios con entidad y trascendencia suficiente para justificar una sanción de nulidad en este estadio del proceso. Por consiguiente, corresponde declarar que no existe nulidad.

11°) Se encuentra fuera de controversia la calidad de afiliado adherente de E. M. R. así como su patología, acreditada con Certificado de Discapacidad en el que figura como diagnóstico: *"Anormalidades de la marcha y de la movilidad. Tumor maligno en los huesos y de los cartílagos articulares de los miembros"*, y se indica como orientación prestacional: *"PRESTACIONES DE REHABILITACIÓN - TRANSPORTE"* (v. movimiento "DOCUMENTAL 1", de fecha 7-5-2024, f. 1).

En cambio, la parte recurrente planteó la legitimidad de su actuación en la instancia administrativa.

En primer lugar, debo señalar que en numerosos precedentes de este Superior Tribunal de Justicia se ha establecido, como parámetro para resolver cuestiones en las que se discute la necesidad de prestaciones, que la respuesta jurisdiccional debe basarse y sustentarse necesariamente en los criterios de profesionales de la salud, por ser los mismos "idóneos" en esa materia.

Si bien en varios de estos precedentes se le dio preeminencia a la opinión del galeno de tribunales (con fundamento en fallos de la CSJN en los que el Máximo Tribunal se expidió diciendo que el

dictamen del médico forense no es sólo el de un perito, ya que se trata del asesoramiento técnico de un auxiliar de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas), una interpretación amplia, y más favorable al derecho cuya tutela se pretende, implica también considerar relevantes las opiniones de los profesionales de la salud tratantes, puesto que conocen de manera directa el cuadro clínico.

En este contexto, ambas profesionales médicas coincidieron en que E. debía recibir el tratamiento.

La médica tratante del menor, especialista en hematología y oncología pediátrica, prescribió la aplicación de mifamurtida con posterioridad a las cirugías que indicó en virtud del protocolo que entendió aplicable.

Por su parte, la médica forense concluyó: *“Conforme la patología que presenta el menor R., de curso maligno que lo acompañará en su crecimiento, la documental obrante en autos y los datos científicos aportados por la bibliografía y los avances y prioridades establecidas como medidas terapéuticas de los últimos años, se puede establecer que el niño necesitaría continuar con el tratamiento indicado por la profesional tratante”;* y, si bien aclaró que la respuesta de la obra social no era negativa, destacó su falta de coincidencia con las indicaciones de las guías actuales. Además sostuvo: *“...la prioridad radica en asegurar el bienestar de quien padece la enfermedad, que reciba asistencia permanente y el tratamiento completo de su enfermedad de base, y que cualquier medida terapéutica que se lleve a cabo será siempre en función de mejorar la calidad de vida, como resguardo del derecho a la salud”.*

Pese a que el IOSPER argumenta que actuó conforme a su propia normativa de funcionamiento y que comunicó a la accionante las prestaciones que se cubrían para tratar la enfermedad del niño, lo cierto es que no cumplió con el otorgamiento del fármaco prescripto, pese a conocer la gravedad del cuadro clínico, la necesidad terapéutica del tratamiento

medicinal puntualmente pretendido y la doble tutela en materia de niñez y discapacidad.

En definitiva, los agravios de la recurrente giran en torno al costo del medicamento y al impacto que generaría la erogación en la situación financiera del ente, pero no logran refutar lo dicho por la magistrada que intervino en la primera instancia de este proceso: *"...si la provincia asumió un compromiso, en cumplimiento de normas Constitucionales y Convencionales, y se lo trasladó a la Obra Social provincial. Ésta debe cumplir, e intentar no perjudicar a las personas más vulnerables, con intereses económicos propios. Si lo que faltan son recursos, deberá arbitrar los medios necesarios para procurarlos"*, los que -agrego- no se puede procurar afectando derechos que obligatoriamente debe proteger.

12°) Esta conclusión se funda en el siguiente marco normativo.

Con la última reforma constitucional (que incorporó al bloque normativo de la Carta Magna los tratados internacionales sobre derechos humanos), el derecho a la salud quedó explícitamente consagrado a través del Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que compromete a los Estados partes a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos. Asimismo, cabe mencionar que los tratados constitucionalizados por el art. 75, inc. 22, de la misma Carta Magna reconocen el derecho a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, como también a la creación de condiciones que los aseguren en caso de enfermedad (arts. 25, 1er. párrafo, Declaración Universal de Derechos Humanos; 12, inc. d, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En este sentido, nuestro país (en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75, inc. 23, de la CN) suscribió el 30 de marzo de

2007 la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por ley 26.378) que tiene por objeto promover el respeto de la dignidad inherente de las personas con discapacidad y proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En el ámbito nacional, la ley 24.901 estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos; también obliga a las obras sociales a brindar la cobertura total de las prestaciones básicas que aquellas necesiten (art. 2).

A su vez, la ley 22.431 instituye un sistema de protección integral de las personas con discapacidad tendiente a asegurarles atención médica, educación y seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las demás personas.

Además, la ley 27.285, que otorga categoría de ente autárquico dentro de la órbita del Ministerio de Salud de la Nación al Instituto Nacional del Cáncer (INC), creado por el Decreto N° 1286/10, revalida el alcance de cobertura que merece la patología al disponer en su artículo 2º, inc. c, *"Promover un modelo de atención integral y continua de la población en lo concerniente a las enfermedades tumorales que comprenda la prevención, el tratamiento oncológico y los cuidados paliativos"* -el subrayado me pertenece-.

A ello debe agregarse que la ley 26.061, que incorporó al derecho interno la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que

se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

En el ámbito local, la Constitución de la provincia de Entre Ríos reconoce a la salud como derecho humano fundamental y prevé la atención de la discapacidad indicando que la asistencia sanitaria será gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna (arts. 15, 16, 19 y 21, Const. prov.).

Por otra parte, la ley provincial 9.891, y su modificatoria 9.972, imponen al IOSPER la cobertura total de las prestaciones básicas consagradas en la ley nacional 24.901; y la ley 10.252 creó el Instituto Provincial del Cáncer, con finalidad similar a la del INC.

13°) La jerarquía del bien afectado permite advertir que en la pretensión de la parte actora subyace una afrenta al efectivo goce de los derechos a la salud y mejor calidad de vida que constitucionalmente le corresponde a todo ciudadano.

Por esta razón, la prestación del fármaco requerido debe ser proporcionada, directa e integralmente, por el IOSPER en beneficio de su afiliado; además, su irresponsable y deliberada actitud omisiva puede acarrear un severo perjuicio en la calidad de vida y la salud de aquél, bajo el magro pretexto del costo que ello implica.

14°) En virtud de lo expresado y en coincidencia con lo dictaminado por los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal, propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por el IOSPER y confirmar íntegramente la sentencia venida en revisión.

15°) Las costas de esta instancia deben imponerse a la demandada vencida (art. 20, ley 8.369).

16°) Finalmente, en esta instancia cabe regular el 40% de los honorarios fijados en la sentencia que se propone confirmar (art. 64,

dec. ley 7.046/82, ratif. por ley 7.503), los que han llegado firmes y consentidos a esta Alzada.

Por lo tanto, corresponde regular a los doctores M. B. D., N. A. G. y M. L., la suma de PESOS ..... a cada uno de ellos; mientras que no corresponde regular honorarios a la apoderada del IOSPER en virtud del art. 15 de la ley arancelaria local.

Así voto.

A la misma cuestión planteada el señor Vocal Dr. GIORGIO, dijo:

I. Coincido con el vocal preopinante, en cuanto a que no se constata la presencia de vicios con entidad y trascendencia suficiente para justificar una sanción nulificante en este estadio del proceso, sin perder de vista a todo esto que tampoco se ha invocado la existencia de causal alguna que genere esa consecuencia procesal, por lo que corresponde declarar que no existe nulidad alguna en el trámite de estos obrados.

II. Respecto del recurso de apelación interpuesto por la demandada, adhiero *in totum* al voto de la Dr. Carubia, correspondiendo su rechazo y por consiguiente la confirmación del fallo recurrido, con costas a la accionada/recurrente vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 20 LPC).

III. Finalmente en cuanto a los honorarios profesionales de esta alzada, destaco que arriban firmes y consentidos los honorarios fijados en la instancia de grado, por lo que, confirmándose en todos sus términos la sentencia venida en revisión, corresponde regular los honorarios de esta alzada teniendo en cuenta los honorarios regulados en esta instancia, a la luz del art. 64 Ley 7046, esto es, en un 40% de lo allí regulado. Por consiguiente, adhiero a la regulación propuesta por el Dr. Carubia, sin que corresponda regular honorario a la letrada de la accionada, de conformidad con el art. 15 de la ley arancelaria.

Así voto.

A la misma cuestión planteada la señora Vocal Dra. SCHUMACHER, dijo:

1.- Coincido con los señores Vocales preopinantes en que no se advierten vicios que conlleven a declarar la nulidad del pronunciamiento cuestionado.

2.- Respecto de la solución de fondo que corresponde adoptar, formulo mi adhesión a la propuesta que impulsa el Dr. Carubia -acompañada también por el Dr. Giorgio-, por compartir en lo sustancial los argumentos que expone para confirmar la sentencia de grado e imponer las costas a la apelante vencida.

3.- Sobre los honorarios, sin perjuicio que en anteriores precedentes consideré que la regulación fijada en primera instancia -aun en aquellos casos en que la sentencia quedaba firme- no era vinculante a los fines de determinar los estipendios de la alzada en los términos dispuestos por el artículo 64 de la ley arancelaria local (autos "BENEDETTO, MARCELO", Expte. N° 25645, "RAMIREZ HOMERO (...)", Expte. N° 25004 y "CEMYC S.R.L", Expte. N° 25959, entre otros); tengo presente que dicha posición no es compartida por una amplia mayoría del tribunal, por lo que dejando a salvo mi opinión y a los fines de evitar un dispendio innecesario, propicio fijar los honorarios de esta alzada para los profesionales que intervinieron en favor de la parte actora, en un 40% de lo determinado en la instancia de grado; sin que corresponda regular a la apoderada del IOSPER en virtud de lo dispuesto por el art. 15 de la Ley 7046.

Así voto.

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente SENTENCIA, que RESUELVE:

1º) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2º) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos,*

contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2024 la que, por los fundamentos de la presente, se confirma íntegramente.

3°) IMPONER las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 20, ley 8.369).

4°) REGULAR los honorarios profesionales...

Protocolícese, notifíquese -cfme. arts. 1 y 5 Ac. Gral. N° 15/18 SNE- y, en estado bajen, sirviendo la presente de suficiente y atenta nota de remisión.-

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada el día 27 de mayo de 2024 en los autos "RUDAZ, LAUTARO EMANUEL, en representación de R.E.M C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS (IOSPER) S/ ACCION DE AMPARO", Expte. N° 26981, por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, integrado al efecto por los señores Vocales *Daniel O. Carubia, Miguel A. Giorgio* y la señora Vocal *Gisela N. Schumacher*, quienes suscribieron la misma, prescindiéndose de su impresión en formato papel. Conste.-

*Fdo.: María Juliana Roldán -Coord. letrada de Amparos- Secretaria a/c*  
ac

*Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos:*

Ley 7046-

Art. 28°: NOTIFICACION DE TODA REGULACION. 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 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. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más su 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.-

*Fdo.: María Juliana Roldán -Coord. letrada de Amparos- Secretaria a/c*

**\*\*ES COPIA\*\***