

Suprema Corte:

–I–

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo y ordenado al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante, INSSJP) la inmediata afiliación de R.A.B. —quien padece retraso mental grave y hemiplejía con certificado de discapacidad y goza de una pensión no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social— como adherente de su padre J.L.B. (fs. 107/108 del expediente principal al que me referiré, salvo aclaración en contrario).

A tal efecto, el tribunal sostuvo que el artículo 10 de la resolución 1100/2006 del INSSJP impide la afiliación de familiares, convivientes o no, cuando gocen de una pensión graciable o no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social. Preciso que, en ese caso, el obligado a dar cobertura médica es el Programa Federal “Incluir Salud” (ex PROFE).

Explicó que, si bien en el fallo dictado el 3 de julio de 2018, por esa misma cámara, en la causa FBB 5740/2017/CA3, caratulada “Lucero, Diego Alberto c/ INSSJP s/ amparo ley 16.986”, ese mismo tribunal había entendido que el actor, beneficiario de una pensión no contributiva, podía afiliarse al INSSJP en calidad de titular, la interpretación dada al artículo 2 de la resolución antes mencionada no podía escindirse de las circunstancias fácticas. En ese sentido, afirmó que allí el actor había solicitado la afiliación con base en el incumplimiento del Programa Federal “Incluir Salud” respecto del suministro de la medicación para tratar su dolencia, pese a que contaba con sentencia firme a su favor; y que, por el contrario, en el *sub lite* no obra una sola mención a la deficiencia del referido programa en la atención de R.A.B.

–II–

Contra dicho pronunciamiento, la amparista dedujo recurso

extraordinario (fs. 111/118) que, rechazado (fs. 124), dio origen a la queja en estudio (fs. 16/20 del cuaderno respectivo).

En primer lugar, señala que existe cuestión federal en tanto el *a quo* decidió el asunto aplicando el artículo 10 de la resolución 1100/2006 del INSSJP, cuya validez había sido discutida por desconocer el sistema de protección de los derechos de las personas con discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 22.431 del Sistema de protección integral de los discapacitados y Ley 24.901 del Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad) y vulnerar los derechos constitucionales a la salud y a la vida de R.A.B. (arts. 33 y 75, inc. 22 y 23, Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1, Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 4 y 5.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Explica que, al impedir la afiliación de la joven con el fundamento de que percibe una pensión no contributiva para paliar su situación de extrema vulnerabilidad, la norma le exige tácitamente renunciar a ella para obtener la cobertura de salud del INSSJP, lo que importa una conducta regresiva en el goce de sus derechos y vulnera el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que tutelan, especialmente los derechos de las personas con discapacidad. Máxime si se tienen en cuenta las serias y recurrentes falencias asociadas al Programa Federal "Incluir Salud" en la provincia de Buenos Aires, que reputa de público y notorio conocimiento.

Por otra parte, con base en la doctrina de arbitrariedad de sentencias, sostiene que el fallo impugnado resolvió la cuestión planteada de manera dogmática y con manifiesto apartamiento de la legislación aplicable, lo que impide considerarlo una derivación razonada del derecho vigente. Agrega que,

además, carece de fundamentación y desconoce la doctrina precedente del mismo tribunal.

–III–

Ante todo, corresponde advertir que la causa se inició, desarrolló y culminó con la exclusiva intervención del Defensor Público, en carácter de apoderado de la señora L.I.A., progenitora de la afectada directa: una persona mayor de edad con discapacidad mental y motora (fs. 2 a 6). Sin embargo, no se ha adoptado ninguna medida para esclarecer la aptitud jurídica de esta y, a pesar de lo manifestado a fojas 15 y 16, tampoco se acreditó la promoción y el avance del respectivo proceso por determinación de su capacidad.

No obstante, habida cuenta de la vista conferida y dado que el cuadro de salud de la joven no está discutido, me expediré en este estado; sin perjuicio de que esa Corte cite a R.A.B. a comparecer al juicio por su propio derecho o requiera que se justifique la representación invocada.

–IV–

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible pues el tribunal, al resolver negativamente sobre la afiliación de R.A.B. al INSSJP, desestimó tácitamente el planteo de la recurrente en cuanto postula que el artículo 10 de la resolución 1100/2006, dictada por ese mismo instituto, es contrario a las disposiciones de los artículos 33 y 75, inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, a las leyes 22.431 y 24.901 y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, configurándose así una resolución contraria implícita al derecho federal invocado (cf. dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 310:1065, "Salandria", y sus citas; Fallos: 313:1714, "Pay TV"; 322:1201, "Cresta"; dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 327:4103, "Cadegua"; y dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte Suprema en el precedente registrado

en Fallos: 341:1322, “Mayorga Vidal”; entre muchos otros).

Asimismo, en la tarea de interpretar y aplicar normas federales esa Corte no se encuentra limitada por las posiciones de los jueces de la instancia ni del apelante, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 342:208, “Savoia”, en muchos otros).

–V–

En la presente causa, constituyen hechos no controvertidos que R.A.B. nació el 16 de julio de 1997, es una persona con discapacidad, se encuentra a cargo de sus progenitores y, hasta el mes de agosto de 2017, fue beneficiaria de la Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina (OSPRERA) como integrante del grupo familiar que titularizaba su padre J.L.B., momento en que ambos fueron dados de baja de esa institución. En septiembre de 2017, el señor J.L.B. se incorporó al INSSJP en carácter de afiliado titular por haberse acogido al beneficio previsional, en tanto que a R.A.B. le fue rechazada la solicitud de afiliación con sustento en lo dispuesto en el artículo 10 de la resolución 1100/2006. Además, no se discute que R.A.B. es titular de una pensión no contributiva por invalidez y que nunca fue incorporada al Programa Federal “Incluir Salud” (ex Programa Federal de Salud, PROFE).

Por otra parte, la joven cumple los requisitos exigidos por el INSSJP para revestir el carácter de beneficiaria (art. 2, Ley 19.032 de creación del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados; y art. 4, *inc. e*, de la resolución 1100/2006), y no se encuentra afiliada a ningún otro agente del Sistema Nacional de Seguro de Salud en forma superpuesta, por lo que no incurre en la incompatibilidad prevista en el artículo 8 del decreto 292/95.

En ese contexto fáctico, entiendo que el caso suscita el examen de cuestiones análogas a las dictaminadas por esta Procuración General, el 26 de abril de 2016, en el punto IV de la causa FCB 22477/2014/CS1 “G.M.S. y

otro en representación de su hija c/ INSSJP - PAMI s/ afiliaciones”, cuyos términos y consideraciones se reproducen aquí, en lo pertinente.

En lo esencial, allí se puntualizó que tanto la Ley 19.032 de creación del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (art. 2) como la resolución 1100/2006 (art. 4, *inc. e*), prevén la posibilidad de incorporar como afiliados a los integrantes del grupo familiar primario, incluidos los hijos/as del titular o cónyuge incapacitados para el trabajo, cualquiera sea su edad o estado civil, que se encuentren a cargo del afiliado; además, el artículo 1 del decreto 945/97, reglamentario de la Ley 24.734 de Utilización de Servicios de Cobertura Médica, dispone que los beneficiarios de pensiones no contributivas por invalidez tendrán derecho de hacer uso de los servicios del sistema de salud, siempre que no gozaren de otra obra social, ya sea como afiliados directos o como adherentes a cargo de un familiar. Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que la afiliación al Programa Federal de Salud no posee carácter obligatorio sino que constituye una opción para la persona con discapacidad (Fallos: 335:168, “P. de C.”).

En tales condiciones, se señaló que el artículo 10 de la resolución 1100/2006 —en cuanto prohíbe la incorporación al instituto de familiares, convivientes o no, cuando gocen de una pensión graciable o no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social— desconoce y desnaturaliza el derecho que surge de normativa de rango superior (art. 28 y 31, Constitución Nacional). En ese orden, se puntualizó que si bien las reglas de incompatibilidades pueden perseguir un fin legítimo —esto es, evitar que se superpongan prestaciones que pueden brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles—, la imposición que subyace de la resolución cuestionada, es la renuncia a la pensión no contributiva para acceder a la cobertura de salud, lo cual

resulta desproporcionado e irrazonable.

En esa oportunidad, se explicó que la cobertura de la salud y la de orden previsional obedecen a fines diversos y resguardan diferentes riesgos sociales, aunque responden a sendas vertientes de la seguridad social que están llamadas a coexistir y cuyo ejercicio efectivo obtiene respaldo, en lo que aquí interesa, a partir de la obligación estatal de suprimir barreras injustificadas de accesibilidad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 5, párr. 6, 9, 10, 17, 28, 30 y 33; Observación General n° 19, párr. 13, 20, 22, 24, 28, 29, 31 y 45). Máxime cuando se trata de personas con discapacidad, cuyos derechos deben ser objeto de preferente tutela (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional).

Así, en el caso, la asistencia no contributiva que recibe R.A.B. está destinada a personas de alta vulnerabilidad social con una discapacidad mínima del 76% (física o mental), no amparadas por otro régimen de previsión, sin ingresos ni bienes ni recursos que permitan su subsistencia, y sin parientes que estén obligados legalmente a dar alimentos en condiciones de brindarlos (art. 1, dec. 432/97). Es decir, esta prestación dineraria es conferida ante la situación de precariedad económica y la dificultad para generar ingresos laborales, y resguarda el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 bis, Constitución Nacional y art. 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); y el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda, como así también una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) —dictamen de esta Procuración en autos, FRO 73023789/2011, “T., V.F. c/ ANSES y otro s/ varios”, del 3 de febrero de 2017—.

Tal como señalamos en “G.M.S “ la cobertura de salud, por el contrario, se relaciona con el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel

posible de salud física y mental (arts. 42 y 75, inc. 22, Constitución Nacional, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 23.313, y arts. 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada junto por ley 26.378). En particular, para las personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados firmantes la adopción de medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones de rehabilitación relacionadas con la salud, a proporcionar los servicios que requieran como consecuencia de la discapacidad y a adoptar medidas efectivas y pertinentes para que estas personas puedan alcanzar y mantener la máxima independencia, inclusión y participación en todos los aspectos de la vida (Fallos: 335:168, "P. de C."; dictamen de esta Procuración General en autos CSJ 701/2013 (49-G)/ CS1, "G.I. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo ley 16.986", del 28 de abril de 2015).

En concordancia con ello, cabe recordar que la Ley 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad asume como objetivo la implementación de 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.

En ese plano, la restricción consagrada por el artículo 10 de la resolución 1100/2006 que impide a una persona con discapacidad acceder a la cobertura de salud que acuerda la ley 19.032 —en el caso, como integrante del grupo familiar del afiliado titular—, si no renuncia a la pensión social que le corresponde en derecho, resulta irrazonable y desproporcionada, y por ende inconstitucional. Ello es así, pues el propósito de alcanzar sistemas sociales sustentables y coherentes no puede justificar reglas de incompatibilidad entre prestaciones que tienden a cubrir riesgos sociales diferentes y complementarios,

que, además, responden al cumplimiento de obligaciones constitucionales distintas en resguardo de los derechos de las personas con discapacidad.

-VI-

Por tal motivo, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y revocar la decisión recurrida.

Buenos Aires, 4 de septiembre de 2019.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH



ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación