

Numero expediente 27987/15

Carátula M.,I. C/ IPROSS S ACCION DE AMPARO S INCIDENTE(I) PPAL.26178/15 S/ APELACION

Fecha 14/10/2015

Número de sentencia 160

Tipo de sentencia D

Sentencia

///MA, 13 de octubre de 2015.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Liliana L. PICCININI, Sergio M. BAROTTO, Enrique J. MANSILLA, Ricardo A. APCARIÁN y Adriana C. ZARATIEGUI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: \"M.,I. C/ IPROSS S/ACCION DE AMPARO S/INCIDENTE PPAL. 26178/15 S/ APELACIÓN\" (Expte. Nº 27987/15 -S.T.J.-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

V O T A C I Ó N

La señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 30/31 vta. y fundamentado a fs. 33/38 por los apoderados de la Fiscalía de Estado, Dres. Roberto Stella y Juan Garcarena, contra la sentencia Nº 123/15 de la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, que obra a fs. 22/24 vta.

El Tribunal de amparo hizo lugar a la acción iniciada por la Sra. I.M.M. y ordenó a la obra social I.PRO.S.S. que en el plazo de diez días arbitre los medios que sean necesarios para poner a disposición del menor discapacitado hijo de la amparista, quien padece de “encefalopatía no especificada, retraso madurativo, dispraxia verbal severa sin lenguaje oral y dispraxia orofacial”, una tablet (computador portátil con pantalla táctil) con las características técnicas detalladas a fs. 10, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a la justicia penal por desobediencia de orden judicial.

En sustento de su decisión el a-quo tuvo presente que la fonoaudióloga del menor en su informe obrante a fs. 09/10 describió los beneficios que otorga la tablet para el tratamiento de la discapacidad, como así también lo sostuvo el galeno del Cuerpo Médico Forense de San Carlos de Bariloche a través de su pericia Nº 15-0296 que luce agregada a fs. 19/21. Añade que el Dr. Velasco solicitó y fundó la necesidad de contar con el equipo tecnológico “para lenguaje alternativo”.

A fs. 30/31 vta. los apoderados de la Fiscalía de Estado solicitan se revoque la sentencia dictada por la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, que obra a fs. 22/24 vta., por causarle un gravamen irreparable al I.PRO.S.S..

Consideran que no se ha dado cumplimiento estricto a la notificación establecida en los artículos 18 bis de la Ley P 1504 y al 149 bis de la Ley P 4142.

Mencionan que la sentencia del amparo es absurda, incongruente y arbitraria puesto que ordena al Organismo Provincial de Salud la entrega de un bien que excede la cobertura.

A su vez, alegan que fue incorrecta la forma de la concesión del amparo en autos, esto es en relación y con efecto devolutivo. Expresan que dicha forma no es de aplicación para el caso sub-examine dado que no existe peligro alguno a la vida ni a la salud.

A fs. 33/38 los apoderados de la Fiscalía de Estado reiteran que el decisorio puesto en crisis dispone y ordena proveer material que excede la cobertura a reconocer por el I.PRO.S.S.. Señalan que la sentencia es absolutamente contraria a derecho.

Argumentan que el material que se ordena proveer no es estrictamente de salud, que es alta tecnología para usos diversos. Expresan que el I.PRO.S.S. reconoce cobertura de un seguro de salud a sus afiliados, entre ellos las prácticas, materiales medicamentos, tratamientos para mantener o recuperar la salud y para prevenir enfermedades, pero no proveer computadoras portátiles.

Enfatizan que no existe evidencia científica que avale que el uso de la tablet sea pertinente, adecuado, procedente en personas con una discapacidad como la que padece el menor (encefalopatía no especificada). En sustento de ello destacan que el Dr. Piñero Bauer del Cuerpo Médico Forense, quien intervino a solicitud del Tribunal del amparo, señaló que no hay evidencia científica.

Advierten que la tablet no es material terapéutico, que no es una prótesis ni órtesis ni elemento de apoyo en los términos de la Ley 24901. Reparar que no corresponde que el I.PRO.S.S. tenga que costear al 100 % y proveer a un afiliado un elemento que no tiene aval médico ni científico.

Entienden que el Tribunal del amparo no ha exteriorizado fundamentos suficientes de conformidad a la manda contenida en el art. 200 de la Constitución Provincial, que permitan justificar que se encuentren reunidos los recaudos exigibles para la procedencia de la excepcional acción intentada.

Reparan que el caso planteado genera un antecedente preocupante puesto que la decisión de alejarse de la evidencia médica y científica e imponer al I.PRO.S.S. el otorgamiento de material no médico perjudica los fondos limitados del Instituto.

Citan y transcriben en sustento de sus argumentos fragmentos del antecedente de este Cuerpo "DRELLER" (STJRNS4 Se. 153/14).

Concluyen que el caso planteado excede el marco cognoscitivo de esta acción excepcional al no reunir sus requisitos, debiéndose eventualmente tramitarse en un juicio con verdadero y real contradictorio como el proceso contencioso administrativo.

A fs. 39 se ordenó dar traslado a la amparista por el término de Ley, habiéndose notificado la misma del memorial a fs. 39 vta., sin que obre constancia de su contestación en autos.

A fs. 53/56 vta. la Sra. Defensora General, Dra. María Rita Custet Llambi, dictamina que la sentencia de amparo debe confirmarse puesto que de lo contrario se atentaría contra el interés superior del niño, su derecho a la salud, a su desarrollo integral, a gozar tanto de los beneficios de progreso científico como de una integración plena en la vida social y a no ser objeto de discriminación.

Cita normativa nacional e internacional en respaldo de su postura y repasa el concepto de salud y enfermedad.

Enfatiza que conforme surge de los informes aportados por los profesionales tratantes no caben dudas que el uso del dispositivo informático solicitado resulta ser una herramienta útil para el tratamiento de rehabilitación que requiere la discapacidad que sufre el niño.

Advierte que la resolución adoptada en autos debe serlo en miras de una estricta observancia al interés superior del niño.

Repara que la Ley K Nº 2753 -Ley del Instituto Provincial del Seguro de Salud IPROSS-, debe ser leída e interpretada en el marco de los principios establecidos en el plexo constitucional-convencional vigente.

Concluye que la resolución del a-quo resulta acorde al corpus iuris de derechos humanos que

impone a los Estados el deber de asegurarle a los niños un plus protectorio a sus derechos, con carácter inmediato y operativo.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 47/50 vta. la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano, dictamina que se debe rechazar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Fiscalía de Estado, confirmando el fallo de la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial.

Repara que la falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 149 bis del CPCC constituye un vicio in procedendo subsanado en el caso que nos ocupa por la interposición del recurso de apelación y su correspondiente expresión de agravios, sin que se aprecie conculcado el derecho de defensa.

Considera que los argumentos expuestos por los apelantes respecto al modo en que ha sido concedido el recurso no permiten torcer la determinación adoptada.

Expresa que los agravios no poseen entidad suficiente para prosperar. Ello así, toda vez que los mismos carecen de los fundamentos necesarios tendientes a provocar la revocación del criterio sostenido en el resolutorio puesto en crisis.

Advierte que el recurrente insiste -ahora por esta vía- con la línea argumental esbozada ab initio por la parte accionada (fs. 8 vta.), la cual ya ha sido evaluada adversamente por el Tribunal del amparo a fs. 23 y cuyas conclusiones no se rebaten.

Entiende que la expresión de agravios no resulta suficiente a los fines de demostrar las deficiencias denunciadas, siendo meras discrepancias subjetivas con el fallo que se ataca.

Señala y argumenta que la situación de autos no resultaría asimilable a la discernida en el precedente de este Cuerpo "DRELLER" (STJRNS4 Se. 153/14).

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Ingresando al análisis de los agravios expuestos por el apoderado de la requerida, adelanto que no cuentan los mismos con chances para prosperar.

Ello así, puesto que los argumentos expresados por la Fiscalía de Estado no resultan suficientes a los fines de demostrar las deficiencias de la sentencia que ataca. La argumentación del recurrente no logra conmover el temperamento del fallo que intenta poner en crisis, dado que no ha desvirtuado los fundamentos brindados por la fonoaudióloga tratante del niño, que fueron confirmados por el galeno del Cuerpo Médico Forense de San Carlos de Bariloche, respecto a los beneficios que otorga la tablet para el tratamiento de la discapacidad señalando que dicha tecnología puede favorecer la rehabilitación e inserción social del mismo.

Por consiguiente, el progreso de la vía recursiva se encuentra condicionado toda vez que no se autoabastecen los motivos del recurso y los agravios no pasan de ser meras discrepancias, sin el debido desarrollo argumental que permita demostrar el hipotético yerro, tanto menos, el absurdo en que habría incurrido el Juez del amparo.

Este Superior Tribunal de Justicia ha señalado -en reiteradas oportunidades- que pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 633/02 "VIDAL MARTINEZ"; Se 104/12 "SANCHEZ"; Se. 36/14 "MENDEZ"; Se. 141/14 "CEBALLOS").

En punto a la inobservancia tanto del art. 18 bis de la ley 1504, como del el art. 149 bis del CPCC, corresponde advertir que se transita por el trámite de una acción procesal de corte constitucional y la propia actividad de la Fiscalía de Estado (léase: interposición del recurso de apelación y su correspondiente expresión de agravios) da muestra cabal de la no afectación de la defensa del

Estado.

A todo evento tampoco es la norma incoada la preterida; sino el ejercicio de la bilateralidad (aún restringida) que procede en todo debido proceso legal. En tal sentido, de la lectura del escrito glosado a fs. 15/18, rubricado por la Asesora Legal del IPROSS, se advierte que -liminariamente- la bilateralidad ha sido ejercida. Luego, la Fiscalía de Estado viene ejerciendo el derecho impugnatorio, tal como se ha dicho.

Desde ya un lustro atrás en autos "Arias", "Matar", "Figueroa", "Otero" "Zijlstra" sostuve que en los casos como el sublite, en el que se encuentra comprometido el derecho a la salud -tal el alcance que cabe asignar a la reclamada prestación en educación para un niño con discapacidad- la cuestión debe resolverse a la luz del principio rector que al respecto fija nuestro art. 43 de la C.Pcial., la doctrina de este STJ., con especial ponderación del art. 59 y las circunstancias que evidencian la necesidad de prestaciones destinadas a una persona con capacidades diferentes que merece gozar de la garantía de desarrollo y rehabilitación contemplada en el art. 36 de la Constitución Provincial. Resaltando que la discapacidad desatendida afecta a un niño e invocando la Convención Internacional de los Derechos de los NNyA, su rango constitucional (art. 75 inc.22 C.N., la ley 26061 y la ley Pcial 4109, remarcando que dicha ley -clara y contundentemente- establece que todos los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derechos gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a su condición de personas. El estado rionegrino propicia su participación social, garantizando las oportunidades para su pleno desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad, igualdad y dignidad.(Art. 3ero. ley 4109).

Por lo tanto, el IPROSS, no obstante su conformación autárquica, pero en definitiva la Obra Social de seguro de salud de la Administración, junto con el Consejo Provincial del Discapacitado, el Ministerio de Educación, CO.NI.A.R. ("Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Prov. De Río Negro), el Ministerio de Desarrollo Social y el Ministerio de Salud tienen un superior común: el Gobernador de la Provincia de Río Negro y una política que debe ser aplicada transversalmente.

Criterio que fue receptado, solidificando la doctrina de este STJ. que decidió "adecuar la doctrina legal a los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como a la doctrina que sobre la materia se ha desarrollado. Del mismo modo, considero que lo allí expuesto y reiterado en el precedente "FIGUEROA" [STJRNS4 Se. 17/09 del 18-03-09] resulta aplicable a la situación planteada en autos, criterio que fuera también reiterado en las actuaciones caratuladas: "ORTIZ" [STJRNS4 Se. 66/10 del 10-08-10] y en los autos "ZIJLSTRA" [STJRNS4 Se. 67/10 del 10-08-10] donde se sostuvo que resulta aplicable la ley 24901 al IPROSS, atento a que se trata de una Obra Social del Estado provincial de afiliación obligatoria para todos los empleados públicos. Por otra parte, se tuvo en cuenta el especial tratamiento de protección de personas discapacitadas en la Constitución Provincial previsto en los arts. 36 y 59.(STJ Sent.94/08,119/08,17/09 y 53/10).

Se propició en aquellas ocasiones y se reitera aquí que el I.PRO.S.S. acuerde participación al CO.NI.A.R., a fin de poner en funcionamiento las responsabilidades que por imperativo legal le correspondan, como autoridad de aplicación de políticas de protección, mediante la articulación transversal de todas las áreas del Estado que deben garantizar el cumplimiento y satisfacción de las garantías.

Se advierte que el Tribunal del amparo, al hacer lugar a la acción siguió el norte de los precedentes antes citados y fundó su decisión en los informes médicos obrantes en autos -fonoaudióloga, médico tratante y Cuerpo Médico Forense- y ponderó los beneficios que traería aparejados para el niño si pudiese contar con la tablet como herramienta para el tratamiento de su discapacidad, basando su decisión en las normas provinciales y nacionales, así como en los Tratados Internacionales, que son contundentes en cuanto al plus protectorio que los niños discapacitados tienen -en tanto sujetos de derechos- para el ordenamiento constitucional, la Convención Internacional de los derechos del Niño aprobada por Ley 23849, la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Ley 23545, entre otras normas que gozan de jerarquía

constitucional de acuerdo con lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Además, corresponde señalar que del análisis de la Ley K Nº 2753 -Ley del Instituto Provincial del Seguro de Salud IPROSS-, citado expresamente por el apoderado de la Fiscalía de Estado, surge con claridad que es misión del IPROSS proveer prestaciones que aseguren la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, garantizando a sus afiliados el mejor nivel de calidad disponible (cf. arts. 2, 8, 9 y ccdetes de la norma citada).

Resulta del segundo párrafo del art. 1º de dicha ley que es obligación del Estado Provincial establecer la política sanitaria -en el caso de autos el IPROSS- para cumplir eficazmente con los objetivos de servir y optimizar la calidad de vida de sus afiliados, entre ellos los de recuperación y rehabilitación, valiéndose para ello de políticas transversales de salud e inclusión, atendiendo los problemas y necesidades de la población de forma integral. Tanto más, cuando se trata de la salud y desarrollo de un niño.

Así también, resulta necesario tener presente como principio rector -en situaciones como la de autos- la calidad de vida del paciente. Las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante (cf. STJRNS4 Se. 70/13 "POLICH" y Se. 126/13 "CASTRO").

El médico tratante es el especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar si su paciente realmente necesita un medicamento o un tratamiento determinado, con qué grado de urgencia y en qué estadio de la enfermedad.

En el precedente "ALTAMIRANO" (STJRNS4 Se. Nº 25/10), este cuerpo sostuvo que las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no puede negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante.

Este Superior Tribunal ha dicho que en conflictos de esta naturaleza -entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud-, en el caso el IPROSS., corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa con relación a la confiabilidad de lo que indica a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza (cf. STJRNS4 Se. 88/08 "BENESES"; Se. 99/08 "MARTINEZ", Se. 58/11 "ROSENKJAER"; Se. 102/12 "ROBLEDO"; Se. Nº 126/13 "CASTRO", entre otros).

El derecho a la salud integral, contemplado en nuestra Constitución Provincial desde 1988, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. "c" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (STJRNS4: Se. 37/13 "MARTEL"; Se. 123/14 "ALCAIDE", entre otros). A los que se aditan los precedentemente mencionados con la consonante legislación nacional (Leyes Nros. 24901 y 26061) y provincial (Leyes Nros. D Nº 2055, D Nº 3467 y D Nº 4109).

Cabe reiterar, que también rigen dos Convenciones sobre Discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporada al derecho interno por la ley 25.280; y en el mes de mayo de 2008 la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad, que se incorpora al derecho interno de nuestro país mediante la Ley Nº 26.378.

Y no resulta ocioso recordar que la Provincia de Río Negro adhirió a la ley 24901, mediante la ley D-3467, de modo que rigen las obligaciones allí impuestas, entre las que para el caso subexamine se destaca el ARTICULO 11. Que reza: "Las personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal, programas preventivo-promocionales de carácter comunitario, y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas" (el subrayado me pertenece).

Normativa que no puede ser soslayada por la Obra Social estatal, so pretexto de desfinanciamiento y que el apoderado que constitucionalmente representa al Estado obligado, debiera conocer.

DECISORIO

Como corolario de lo hasta aquí analizado, la sentencia puesta en crisis se presenta en consonancia con la doctrina de este STJ. y el embate de la parte recurrente no logra conmover los fundamentos de índole convencional, constitucional y legal; por ende propongo al Cuerpo:1) Rechazar el recurso de apelación dirigido contra la sentencia del Juez del Amparo. 2) Propiciar -una vez más- que el Instituto Provincial de Seguro de la Salud (I.PRO.SS) viabilice e integre las políticas transversales con participación del CO.NI.AR en tanto se demande atención a niños, niñas y adolescentes. MI VOTO.

Los señores Jueces doctores Sergio M. BAROTTO y Enrique J. MANSILLA, dijeron:

Adherimos al voto y solución propuesta por el señor Juez preopinante. ASI VOTAMOS.

Los señores Jueces doctor Ricardo A. APCARIÁN y doctora Adriana C. ZARATIEGUI, dijeron:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.). NUESTRO VOTO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 30/31 vta. y fundamentado a fs. 33/38 por los apoderados de la Fiscalía de Estado, confirmando la sentencia N° 123/15 de la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, que obra a fs. 22/24 vta. por los fundamentos dados en los considerandos.

Segundo: Propiciar -una vez más- que el Instituto Provincial de Seguro de la Salud (I.PRO.SS) viabilice e integre las políticas transversales con participación del CO.NI.AR en tanto se demande atención a niños, niñas y adolescentes.

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen.

Jueces Firmantes: PICCININI-BAROTTO-MANSILLA-APCARIÁN (en abstención)-ZARATIEGUI (en abstención). ANTE MI: LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION:

Tomo II

Sentencia N° 160

Folio N° 532/536

Secretaría N° 4