

///MA, 20 de septiembre de 2016.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. BAROTTO, Adriana C. ZARATIEGUI, Enrique J. MANSILLA, Ricardo A. APCARIÁN y Liliana L. PICCININI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: “NAUMANN SOUKUP, MARIANA (en rep. De C.N., R.J.) C/ I.PRO.S.S. S/ AMPARO S/ APELACIÓN” (Expte. N° 28269/16-STJ-), 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

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 51/52 y fundado a fs. 53/58 por la Fiscalía de Estado contra la sentencia obrante a fs. 22/26 y vta., dictada por el Juez del Amparo, mediante la cual hizo lugar a la acción promovida por la Sra. Mariana Naumann Soukup en representación de su hijo menor de edad que padece una discapacidad y ordenó al I.PRO.S.S. brindar la cobertura solicitada de pasajes aéreos para dos acompañantes a fin de posibilitar la asistencia del menor a su práctica médica (fijada para el 8 de junio de 2016 en el Hospital Garrahan de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y otorgar cobertura integral al 100% y sin ningún tipo de reintegro, para el traslado a sus terapias de rehabilitación, debiendo afrontar el Instituto los costos que fuesen necesarios a tal fin.

Para así decidir el magistrado merituó que el niño -que padece de epilepsia de tipo no especificado, hemiplejia espástica, defectos de campo visual, trastornos de habilidades escolares y de conducta- cuenta con certificado de discapacidad vigente (fs. 1) y que el informe médico acredita su diagnóstico indicando la necesidad de contar con dos acompañantes para ser asistido a la hora de trasladarse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs.6/7) por su talla, peso y tipo de dolencias precitadas. Asimismo destacó la derivación médica al Hospital Garrahan de Buenos Aires (8-06-16) con recomendación de traslado aéreo.

Entendió el sentenciante que la obra social debió considerar a la hora de resolver, el interés superior del niño dispuesto en el art. 3 CIDN. Afirmó que en la cuestión no debe soslayarse “la trascendencia y el carácter constitucional y convencional que ostentan

estos derechos (arts. 42 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional -Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.1; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, art. 25- y arts. 33, 36 y 59 de la Constitución Provincial).”.

Sostuvo el a quo que dadas las particularidades del caso y lo aconsejado por el profesional tratante resulta claramente conveniente que se autorice un segundo acompañante en el traslado al Hospital Garrahan, ya que de lo contrario resultaría extremadamente dificultoso para la madre trasladar ella sola al menor sin ayuda de otra persona. Consideró que el pasaje aéreo recomendado profesionalmente resulta la única alternativa válida que deberá hacerse extensiva a los acompañantes y que la respuesta del IPROSS a este requerimiento se presenta como insuficiente y meramente formal.

Respecto del segundo reclamo -provisión de cobertura al 100% del costo sobre los traslados para fines de tareas de rehabilitación- el Juez consideró que del amplio marco normativo de aplicación al caso se desprende el carácter obligatorio de la cobertura total de las prestaciones que necesiten las personas con discapacidad, siendo la negativa del I.PRO.S.S. “arbitraria e ilegal, habilitando la excepcional acción constitucional, requerida por la amparista.”. Seguidamente hace referencia a la urgencia que el caso reviste en tanto que sin la cobertura reclamada, corren riesgo de agravarse las condiciones de salud del niño.

A fs. 53/58 la Fiscalía de Estado sostiene que el Juez de amparo ha dictado una sentencia extra petita. Señala que la amparista cuestiona la suma dispuesta por nomenclador actualizado y demás resoluciones del organismo. y no la cobertura del 100% de las prestaciones médicas a realizarse.

En relación al primero de los reclamos -transporte del menor a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con dos acompañantes- remite a los fundamentos expuestos en ocasión de presentar el I.PRO.S.S. el informe previsto en el art. 43 de la Constitución Provincial.

Reitera la representación del accionado que, por tratarse de una derivación extraprovincial, el reclamo no había sido denegado sino que se encontraba en trámite ante la Dirección de Auditorías Médicas del IPROSS.

En cuanto a la autorización de cobertura de dos pasajes por vía aérea, fundado en las especiales características del niño, se agravia por no estar las mismas debidamente acreditadas en las actuaciones.

Indica la recurrente que el fallo ha sido voluntarista y sin fundamento legal que lo

sostenga. Expresa que si bien las personas con discapacidad resultan sujetos vulnerables que merecen especial protección del Estado, conforme el extenso marco normativo de carácter protectorio, la decisión judicial coloca al amparista en una mejor posición respecto de cualquier otro afiliado.

Entiende la Fiscalía de Estado que lo resuelto implica una afectación de los fondos públicos pues no se encontraba prevista la partida presupuestaria. Afirman que la pretensión debió seguir el trámite conforme Ley K N° 2753.

A fs. 60/61 el Sr. Defensor de Menores e Incapaces sostiene los fundamentos de la sentencia solicitando el rechazo de la apelación intentada. Destaca el gran porte del niño, su discapacidad y que no se desplaza sin ayuda. Cita la normativa convencional y constitucional respecto a que la cobertura a prestar desde la Obra Social debe ser integral.

A fs. 64/67 vta. emite opinión la Sra. Defensora General, expresando que pone en conocimiento a este Cuerpo que desde el organismo a su cargo se ha dado intervención a la Oficina del Servicio Social que ha informado (fs. 69 y vlta) que la intervención quirúrgica programada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido llevada a cabo con más la provisión de los pasajes solicitados y la cobertura de los gastos de estadía necesarios, destacando que finalmente la operación se realizó en el Hospital Favaloro y no en el Garrahan. Luego, deja constancia que de regreso a la ciudad de San Carlos de Bariloche el niño ha comenzado el proceso de rehabilitación implicando traslados diarios desde el domicilio particular a los centros asistenciales correspondientes, haciendo saber que sus dificultades motoras impiden utilizar otro transporte que no sea el especialmente acondicionado para ello. Agrega que la familia no se encuentra en condiciones económicas para afrontar los \$100,00 de diferencia existente entre lo que reconoce como costo la obra social y lo que cobra efectivamente la empresa prestataria del traslado por cada viaje, lo cual pone en riesgo la continuidad del tratamiento de rehabilitación requerido.

Expuesto ello la Sra. Defensora General ingresa en el análisis de la sentencia, adelantando que el fallo debe ser confirmado en tanto es un acto fundado en la normativa interna y en el derecho internacional que ampara al niño, quien goza de doble protección normativa: como niño y como persona con discapacidad.

Sostiene la Defensa Pública la coincidencia de criterio con lo resuelto por el Sr. Juez del amparo al ordenar la derivación solicitada con más la cobertura integral destinada al traslado de las diversas terapias a las que debe asistir el niño dado que, resolver de

manera contraria, hubiera implicado violentar su interés superior y sus derechos a la salud y a su desarrollo integral. A renglón seguido rechaza la manifestación de la recurrente referida a que -desde su óptica- el a quo emitió una sentencia extra petita, toda vez que una sentencia de tales características se configura cuando concede algo distinto a lo peticionado, introduce cuestiones no planteadas por las partes y ajenas a la relación jurídico-procesal, afectando así la garantía de la defensa en juicio (arts. 17 y 18 C.N.). De ese modo, confrontando los precisos términos del reclamo con la orden emitida por el Sr. Juez de amparo, se tiene que la decisión se ha circunscripto a lo pedido por la madre del niño.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 71/77 la señora Procuradora General dictamina que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado, confirmando la sentencia dictada por el Sr. Juez de amparo.

Opina la Titular del Ministerio Público que el contenido de la expresión de agravios resulta insuficiente a los fines de demostrar las supuestas deficiencias de la sentencia impugnada, siendo los argumentos expresas remisiones al informe presentado por el I.PRO.S.S. los cuales, además, contienen manifestaciones que ya han sido analizadas y desestimadas por el Magistrado y que, en esta instancia de revisión, resultan ineficaces para conmover la justicia del fallo.

Destaca que la mera reiteración o reedición de expresiones introducidas por la parte recurrente, en anteriores actos procesales, no resultan suficientes para revocar el fallo que se cuestiona.

Respecto de la cobertura integral del traslado necesario a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -punto I a) de la parte dispositiva de la Sentencia en análisis-, entiende que la recurrente pretende justificar la limitación en una norma de carácter reglamentario. Expresa que este argumento limita derechos de carácter constitucional y convencional inherentes a la protección integral del niño con discapacidad pues la falta de pago del monto total de los traslados necesarios para Rodrigo, impactan en su calidad y condiciones de vida.

Considera que la sentencia recurrida se condice con los principios rectores en la temática contando con fundamentación razonada y legal, en los términos previstos por el art. 200 de la Constitución Provincial, para otorgar andamiaje a la acción, toda vez que el resguardo proteccional constitucionalmente garantizado es merecedor del tratamiento que el a quo le ha prodigado.

Adhiere al criterio ampliamente expuesto por la Sra. Defensora General.

Luego, en lo que hace al otorgamiento de “cobertura integral al 100% y sin ningún tipo de reintegro, para el traslado del menor a sus terapias de rehabilitación, debiendo afrontar el I.PRO.S.S. los costos que fuesen necesarios a tal fin” coincide con la decisión judicial como así también con los argumentos expuestos en la intervención del Ministerio Público de la Defensa, propiciando de esta manera la no procedencia del remedio impugnatorio en su totalidad.

Sostiene que la situación aquí tratada encuentra vasta protección en los arts. 43, 36 y 59 de la Constitución Provincial; la ley D N° 4109 de la Provincia de Río Negro; la Ley D N° 3467 y la Ley D N° 2055, los arts. 14 bis, 33 y 75 inc. 22° y 23° de la C.N.; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Internacional de los Derechos del Niño; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Ley Nacional N° 24901, la Ley Nacional N° 26061 de Protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Confrontada la base argumental de la Fiscalía de Estado con el amplio bloque de legalidad destinado a la protección en casos como el de marras, asegura que la postura restrictiva de la Obra Social transgrede el resguardo proteccional constitucionalmente garantizado al niño con discapacidad.

Opina que la alternativa propiciada por el I.PRO.S.S. referida a que debe recorrer nuevamente las vías administrativas resulta francamente dilatoria en tanto ya ha manifestado a fs. 04 su negativa para el reconocimiento de la cobertura integral.

Señala que si la Obra Social, aún teniendo acreditadas las condiciones de discapacidad del niño, ha limitado sus derechos al punto de obligar a la madre a iniciar la instancia judicial, no encuentra fundamento para presumir que la decisión inicialmente tomada desde la administración pueda sea revertida.

DENUNCIA DE HECHOS NUEVOS

A fs. 82, la Defensoría General hace saber que la prestataria del traslado del menor desde su vivienda y hasta los lugares en donde realiza tareas de rehabilitación ha dispuesto la suspensión de dicho servicio hasta tanto se regularicen los pagos del precio del mismo, que denuncia como adeudados, acompañándose (fs. 80/81 y vta.) documentación que probaría aquellas circunstancias. Pide la presentante que lo señalado sea merituado por este Superior Tribunal al momento de dictar su sentencia.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Adelanto que, en mi opinión, los argumentos de la apelante no resultan suficientes a los fines de demostrar las deficiencias de la sentencia que ataca.

Es preciso señalar que 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 error en que habría incurrido el Juez del amparo.

Este Cuerpo ha expresado reiteradamente 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. 141/14 “CEBALLOS”, entre otros).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reparado en la importancia del derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro el derecho a la vida- y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. Además declaró el Tribunal Címero que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doctrina de Fallos: 321:1684, 323:1339 y 327:3127).

Tengo presente que este Superior Tribunal de Justicia ha dicho reiteradamente que las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, por lo que no puede negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante. (cf. STJRNS4 Se. 126/13 “CASTRO” y Se. 42/15 “SCHWERTER”, entre otros).

Este Tribunal también ha señalado que el médico tratante es el especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar qué control y qué periodicidad necesita su paciente de acuerdo a la patología que padece. En conflictos de esta naturaleza 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.147/13 “VALLEJOS”, Se. 10/15 “RIMOLI” y Se. 42/15 “SCHWERTER”, Se. 49/16 “DIAZ” entre otros).

Aplicadas las precedentes conceptualizaciones jurídicas al caso en tratamiento, se tiene que:

a.- En lo que respecta al traslado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los fines de la realización de una intervención quirúrgica, y aún cuando la porción respectiva de condena ha sido cumplimentada por la obra social accionada -conforme surge de lo señalado por la Sra. Defensora General a fs. 64 vta./65 y del Informe de Situación agregado a fs. 69 y vta.-, corresponde confirmar la medida según la cual el menor debía ser acompañado por dos (2) personas a los fines de aquella práctica.

En primer lugar, aparece como justificada suficientemente la misma desde lo puramente fáctico, atento que, por las características físicas del menor (su peso y su talla, especialmente) y la multiplicidad de dolencias que provocan su discapacidad permiten tener por cierto que una sola persona se vería impedida de asistir adecuadamente al adolescente, circunstancia que es abonada por el médico tratante a través del instrumento glosado a fs. 07.

En segundo término, coincido con el Sr. Juez de amparo cuando, a fs. 25 párrafo segundo, señala que “La respuesta del IPROSS a este requerimiento se presenta como insuficiente y meramente formal de acuerdo a lo expuesto y la realidad del amparista.”, refiriéndose a la Nota N° 270/15 del Consejo de Administración de la nombrada obra social (fs. 05). He dicho antes de ahora que no puede legitimarse desde el derecho, como método de organización social, el capricho o la arbitrariedad (mi voto en “DIAZ” del 11.02.14, Expte. N° 26.351/13-STJ, Se. N° 06/14); y es claramente arbitraria la denegatoria de la prestación requerida que se hace en aquella Nota, en tanto y en cuanto no se especifican los motivos de dicha decisión. Cada vez que alguien decide algo por otro debe fundar adecuadamente su decisión.

b.- En lo referido a la cobertura integral para el traslado del niño a sus terapias de rehabilitación a efectuarse en la ciudad de San Carlos de Bariloche, debe recordarse que la Provincia de Río Negro adhirió a la normativa nacional -24.091- a través de la ley D N° 3.467, contando con una ley provincial específica como lo es la Ley D N° 2.055, que instituyó un régimen de promoción integral de las personas con discapacidad tendiente a garantizarles el pleno goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, arbitrando los mecanismos dirigidos a neutralizar la desventaja que su discapacidad les provoca respecto del resto de la comunidad, teniendo en cuenta sus necesidades especiales y estimulando su propio esfuerzo a fin de lograr su integración o reintegración social según los casos (cf. STJRNS4 in re: Se. 17/09 "FIGUEROA"; Se. 64/12 "COLILAF").

En atención a la amplia protección prescripta en el complejo normativo señalado precedentemente, tanto para los niños y adolescentes, como así también para las personas discapacitadas o portadoras de capacidades diferentes; en temas tan sensibles como la salud y el desarrollo, aunado a la necesaria protección de los más débiles o vulnerables, considerando especialmente entre estos- y en primer término- a los niños, corresponde adoptar un criterio amplio en el análisis y ponderación de toda circunstancia que coloque en crisis el goce de tales derechos humanos. Máxime si, a la vulnerabilidad propia de la franja etaria y estado de madurez, se le aditan sus capacidades diferentes (cf. "VICENCIO", Se. 45/14).

Tal como ha quedado demostrado existe amplitud normativa de rango constitucional y Tratados Internacionales con la misma jerarquía (art. 75 inc. 22), legislación nacional (Leyes Nros. 24901 y 26061) y provincial (Leyes Nros. D N° 2055, D N° 3467 y D N° 4109), delimitando el plus protectivo resultante al interés superior del niño y los adolescentes y del sistema integral de protección de las personas con discapacidad, que no pueden ser desoídos bajo parámetros tales como de ausencia de urgencia o de cuestiones de orden contractual en la presente causa, toda vez que el niño hijo de la accionante requiere los tratamientos necesarios conforme su discapacidad, tal como ha sido considerado por el sentenciante de Primera Instancia.

Además, no es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que "...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos" (cf. Corte Suprema, in re "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional" de 15.6.04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122; STJRNS4 Se. 45/14 "VICENCIO").

De igual modo, es válido insistir que la Convención sobre los Derechos del Niño eleva el "interés superior" de los infantes al rango de principio rector de todas las decisiones de las autoridades públicas (cf. Corte Suprema, Fallos 318:1269; 22:2701; 323:2388; 324:112, entre muchos otros), en consecuencia, debe privilegiarse el derecho a la salud del niño discapacitado (Cf. STJRNS4 Se. 142/15 "LOFIEGO").

Hago notar que la obra social tenía la posibilidad de brindar un servicio de traslado a su afiliado que le costase los \$ 132,04 que menciona en su informe de fecha 23.05.15 (fs. 18 vta.) o los \$ 350 que en definitiva ha reconocido a favor de la amparista (cfme.

mismo Informe fs. 18 vta. in fine/19), y que resultase de iguales o similares características que las necesitadas por el menor discapacitado; en dicho supuesto, si el beneficiario quisiera contratar a otra prestataria, diferente a la puesta a disposición por la obra social, debería entonces hacerse cargo del eventual costo adicional.

Situación de las mismas características fue resuelta por este Cuerpo en la causa “AGUIL” (Se. N° 34/15 del 07.04.15 en Expte. N° 27639/15-STYJ), oportunidad en la cual se tuvo presente que “Mas allá de que, ... el I.Pro.SS. se aplica en los motivos por los cuales se opone -o no acepta, lo que es lo mismo- a que ... se desempeñen como cuidadoras domiciliarias del Sr. ..., no pone a disposición de los reclamantes opción alguna respecto de dicho mismo tipo de prestación la que, reitero, no ha sido puesta en duda en cuanto a su necesidad, de acuerdo a la situación de salud del último nombrado”. Por último, tengo presente lo informado a fs. 80/82 por la Defensoría General en cuanto a que la firma prestataria del traslado del menor desde su vivienda y hasta los lugares en donde realiza tareas de rehabilitación en la ciudad de San Carlos de Bariloche ha dispuesto la suspensión de dicho servicio hasta tanto se regularicen los pagos del precio del mismo, que denuncia como adeudados. Dicha circunstancia no hace sino confirmar la necesidad de la condena impuesta por el Sr. Juez del amparo en cuanto ordenó, en definitiva, que el IPROSS garantice los traslados hacia los sitios de rehabilitación, debiendo notarse al respecto que, según el detalle de fs. 81 vta., aquella obra social estaría adeudando parcialmente a la prestataria servicios correspondientes a los meses de Febrero y Marzo del año 2016, es decir, anteriores a la misma interposición de la acción de autos (que data del mes de Mayo del año en curso), amén de mayores deudas por meses posteriores a aquél inicio, todo lo cual, reitero, permite tener por cierto que la accionada no cumple con sus obligaciones prestacionales indicadas.

Asimismo, la situación de la suspensión del servicio de transporte informada deberá ser objeto de merituación por parte del Sr. Juez del amparo, en la etapa de ejecución de sentencia, excediendo la competencia de este Superior Tribunal de Justicia dicha labor, al actuar en la especie exclusivamente en grado de apelación

DECISORIO

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación incoado por la Fiscalía de Estado, confirmándose la Sentencia de fecha 31.05.2016 obrante a fs. 22/26 y vta.. Con costas (art. 68 CPCyC).

MI VOTO.

La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI y el señor Juez doctor Enrique J.

MANSILLA, dijeron:

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

ASI VOTAMOS.

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN dijo:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art.39 L.O.).

MI VOTO.

La señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI, dijo:

Adhiero al voto y solución propuesta por el señor Juez doctor Sergio M. Barotto.

MI 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 incoado por la Fiscalía de Estado, confirmándose la Sentencia de fecha 31.05.2016 obrante a fs. 22/26 y vta.por los fundamentos dados en los considerandos. Con costas (art. 68 CPCyC).

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

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

PROTOCOLIZACION

Tomo II

Sentencia N° 104

Folio N° 339/344

Secretaría N° 4