

///MA, 24 de septiembre de 2013.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores, Ricardo A. APCARIAN, Adriana ZARATIEGUI, Sergio M. BAROTTO, Liliana L. PICCININI, y Enrique J. MANSILLA, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "RUIZ, MARÍA INES s/ AMPARO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN " (Expte. N° 26652/13 -STJ.-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos conforme el orden del sorteo previamente practicado: - - - - -

- - - - - V O T A C I O N - - - - -

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIAN dijo: - - - - -

-----ANTECEDENTES DEL CASO.- - - - -

-----Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal, en virtud del recurso de apelación presentado por el Apoderado de la Fiscalía de Estado, Dr. Francisco López Raffo, contra la sentencia de fecha 29/05/2013, obrante a fs. 26/30 vta., que hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al IPROSS dar íntegra cobertura de las prestaciones requeridas (prótesis e intervención quirúrgica) por la amparista en representación de su hija menor de edad.- - - - -

-----El Juez de amparo consideró que correspondía hacer lugar a la acción, toda vez que no existe otro medio para tutelar en forma más rápida y efectiva los derechos y garantías -de evidente raigambre constitucional- violentados, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y cuya protección se reclama a través del presente. Invoca el derecho a la salud y a la vida, contemplados en el ordenamiento positivo (Artículo 42 de la Constitución Nacional, los arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 12 incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tratados internacionales, y art. 75 inc. 22 C.N.) y 59 de la Constitución

Local). Cita antecedentes Jurisprudenciales de ese STJ en apoyo al criterio - - - - -

- - - - -

-----A su vez entendió que el interés de la menor involucrado en el caso viene expresamente tutelado por la Convención de los Derechos del Niño en cuanto prescribe que en todas las medidas concernientes a los mismos que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial el interés superior del niño (conf. art. 3.1).-

-----Sostiene el Juez en su sentencia que la patología incapacitante que padece la menor, el reclamo de las prestaciones destinadas a superar o paliar las manifestaciones invalidantes, actualiza la garantía prevista por el art. 36 de la Constitución Provincial, así como la aplicación de las disposiciones que consagran la Ley Nacional 24.901 y su adhesión mediante Ley Provincial 3.467, las que a su turno garantizan cobertura integral para las personas con discapacidad.- - - - -

-----Agrega el magistrado que no empece a la conclusión precedente la circunstancia de no existir declaración administrativa reconociendo la discapacidad de la menor, pues ello no permite descartar la existencia misma de la patología que la origina como dato incontrastable de la realidad (conf. S.T.J.R.N., 27/12/2012, in re "Tellez", Expte. 26209/12, Se. 181).- - - - -

-----En lo que aquí importa, el Juez de amparo consideró que frente a la citada normativa constitucional y del bloque de los tratados internacionales de derechos humanos, cuya aplicación deviene insoslayable en el caso, resulta inatendible el argumento de la requerida en orden a la necesidad de que la progenitora suscriba un compromiso de pago por el coseguro, y a su eventual eximición por ulterior decisión de la Junta de Administración del I.Pro.S.S.. Ello por cuanto entiende que “ningún coseguro resulta exigible a la afiliada cuando se encuentra afectado el derecho a

la salud de una niña físicamente impedida”.- - - - -

-----RECURSO DE APELACIÓN Y SU TRASLADO.- - - - -

-----Ante lo así resuelto el apoderado de la Fiscalía de Estado viene en recurso. Puntualiza sobre el trámite de los coseguros previsto en la ley provincial K 2753 y su decreto Reglamentario 839/1994 en función del cual surge que la parte del Coseguro que corresponde pagar a la afiliada se descuenta con posterioridad a la intervención quirúrgica, de acuerdo a la capacidad económica y en cuotas.- - - - -

-----Entiende que el amparo resulta inadmisibles debido a que no ha existido denegación, sino demora tanto en la compra del material quirúrgico, como en los demás gastos debido exclusivamente a la negativa de la afiliada en realizar el trámite pertinente (suscribir el respectivo convenio de Coseguros).-----

-----Manifiesta que el Juez confunde enfermedad incapacitante con “discapacitante”, siendo esta última la que resulta amparada por las leyes Nacionales 24.901 y 22.431 y por las Provinciales D N° 3467 y D N° 2055, sin que se haga mención a cual sería la patología ni qué médico dio dicho fundamento. Por otro lado, sostiene que para que una persona se considere discapacitada, a fin de acceder a los beneficios que las normas otorgan, debe poseer necesariamente un certificado expedido por autoridad competente; tal el caso del Consejo Provincial para las Personas con Discapacidad.-----

-----Finalmente, sostiene que la niña no se encuentra amparada por la normativa referida a las personas con discapacidad para eximir la del pago del Coseguro. Indica que el amparista se encuentra en condiciones de solicitar la eximición al IPROSS, quien podrá o no otorgarla quedando expedita la discusión judicial de aquello.-----

-----Al contestar el traslado del recurso de apelación, la amparista sostiene que la interpretación que realiza la demandada

no se condice con lo resuelto en autos, desde que se ordenó únicamente dar integral cobertura a las prestaciones requeridas en atención a que existía negativa infundada y arbitraria de proveerla. Solicita se declare abstracto atento ya se realizó la intervención.-----

-----DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL.-----

-----A fs. 59/70 obra dictamen del Procurador General subrogante y sostiene que no obstante la intervención quirúrgica ha sido realizada (ello en función de que la apelación se concede con efecto devolutivo), dado que se encuentra en duda la procedencia o no del pago del Coseguro no corresponde se declare que la cuestión ha devenido abstracta tal como lo solicita la amparista.-----

-----En cuanto al fondo de la cuestión considera que ha de rechazarse el recurso de apelación y confirmar la sentencia del Juez de amparo. Ello así porque tanto la falta del certificado de discapacidad, la necesidad de agotamiento de la vía administrativa, entre otros, no encuentran el sustento necesario para derribar la fundada decisión. - - - - -
- - - - -

-----Considera endeble el argumento del recurrente reiterativo de cuestiones ya expuestas con anterioridad- que se limita a reclamar que la niña no merece la protección de la garantía constitucional por el solo motivo de no poseer certificado de discapacidad, como si ello fuera condición de su existencia.- - -

-----El Procurador General Subrogante se cuestiona cómo puede considerarse que una niña de 13 años, con grave riesgo de vida, con un padecimiento que claramente afecta a su desarrollo físico, apoyado por el diagnóstico del médico tratante, no puede ser considerado como el sufrimiento de una discapacidad. No advierte diferencia sustancial entre las mismas y cita anteriores dictámenes (174/12; 152/11) que mencionan la jerarquía constitucional del derecho a la salud y su alcance proteccional.-

-----CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- - - - -

-----Ahora bien, llegados a esta instancia de apelación y toda vez que la intervención quirúrgica de columna consistente en un sistema de fijación posterior para convección en titanio spine way de osteolife para 14 niveles, con sistema de convección Mont Blanc 3D plus, con tornillos de 8 x 80 mm., ya ha sido realizada, conforme fuera solicitado por el médico tratante, sólo queda a resolver la procedencia del reclamo del Coseguro. Por ello, tal como lo advierte el Sr. Procurador General Subrogante no corresponde la declaración de abstracto.- - - - -

-----Al ingresar al análisis de los agravios traídos por la Obra Social advierto que los mismos tienen sustento suficiente, sin que ello implique el más mínimo menoscabo del derecho a la salud en los términos que este Superior Tribunal ha delineado.- - - -

-----En efecto, el tema a dilucidar no refiere a la protección integral que reiteradamente se ha otorgado a través de la acción de amparo, sino a la necesidad de cumplir con los trámites pertinentes para tales coberturas. - - - - -

-----La situación de autos se enmarca en la normativa que rige al Instituto, conforme los arts. 12, 13 ss. y cctes. de la Ley Provincial K N ° 2753 y su Decreto Reglamentario N° 839/1994, que prevén el pago de un coseguro por parte del afiliado de hasta el 50% del costo de la prestación.- - - - -

-----El pedido ha sido autorizado en concordancia con la normativa para la adquisición de la prótesis, haciéndose cargo del 50% del valor la Obra Social y quedando a cargo de la afiliada el 50% restante.- - - - -

-----Todo ello pone de manifiesto que no es el derecho a la salud ya protegido por el Juez del amparo- lo que se encuentra en discusión en esta instancia de apelación, sino una cuestión netamente contractual respecto a la posibilidad de exigir o no el pago del Coseguro por parte de la Obra Social; y ello a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal no es materia de la excepcional vía que se transita.- - - - -

-----Ello es así, porque la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que, dada la situación de urgencia de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se presentan de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los actos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (cf. STJRNCO: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ).- - - - -

-----No le corresponde a los jueces en el acotado margen procesal del amparo, como acción constitucional excepcional, disponer actos de administración, sino hacer el control de constitucionalidad y legalidad de quienes tienen potestad para ello (cf. STJRNCO "S. A. s/Amparo s/ Apelación", Se. N° 41/05 del 04-05-05); más aún cuando no se advierte ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la limitación al derecho invocado.

--

-----Es de destacar que este Tribunal en “URIBE”, en coincidencia con lo dictaminado entonces por la Procuración General, precisó en punto a la exigencia del pago de coseguro, cuando no se evidencia la vulneración clara y evidente de la garantía de protección a la salud integral, que el eventual convenio para posibilitar el pago del coseguro y las constataciones que la Obra Social deba realizar, en pos de establecer parámetros de excepcionalidad, como las acreditaciones de circunstancias alegadas por el administrado/afiliado, en aras de demostrar su situación socio económica, no merecen ser traídas a este excepcionalísimo ámbito de decisión jurisdiccional (cf. sentencia

del 7 de julio de 2011, en "URIBE SILVANA ANDREA s/ACCION DE AMPARO").-

-----En definitiva, sólo respecto a la cuestión del coseguro, corresponde hacer lugar al recurso intentado, ordenando que las partes continúen el procedimiento administrativo pertinente, dirimiendo en dicho ámbito sus diferencias.-----

-----DECISORIO.-----

-----Por eso corresponderá hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado y revocar el fallo en cuanto ordena la íntegra cobertura. Costas por su orden atento a las particularidades del caso.-----

-----MI VOTO.-----

Los señores jueces doctores Adriana C. ZARATIEGUI, Sergio M. BAROTTO y Liliana L.PICCININI, dijeron: -----

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

-----ASI VOTAMOS.-----

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA, dijo:-----

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

-----MI VOTO.-----

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Apoderado de la Fiscalía de Estado, Dr. Francisco López Raffo, revocando la sentencia de fecha 29/05/2013, obrante a fs. 26/30 vta., en cuanto ordena la íntegra cobertura, conforme los fundamentos dados en los considerandos. Costas por su orden atento a las particularidades del caso (art.

68 segundo párrafo del CPCyC).-----

Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al

Tribunal de origen.-----

(FDO)RICARDO APCARIAN-JUEZ-ADRIANA C.ZARATIEGUI- JUEZA-SERGIO
M.BAROTTO-JUEZ- LILIANA L.PICCININI-JUEZA-ENRIQUE J.MANSILLA -
JUEZ EN ABSTENCION.ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO III SENT. N°106 FOLIO N°724/731 SEC. NRO.4