

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 28840/16-STJ-

SENTENCIA N° 47

///MA, 21 de junio de 2017.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto, Adriana Cecilia Zaratiegui, Liliana Laura Piccinini y Ricardo A. Apcarian, con la presencia de la señora Secretaria doctora Rosana Calvetti, para el tratamiento de los autos caratulados: “ERRECALDE, Carlos Alberto c/INSTITUTO PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (IPROSS) s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/APELACION” (Expte. N° 28840/16-STJ), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 480 y por la parte demandada a fs. 482, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACION

A la primera cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

1).- ANTECEDENTES DE LA CAUSA.

A fs. 459/475 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial en la parte resolutive de la Sentencia Definitiva N° 48 dictada el día 05/09/16, no hizo lugar a la excepción de inhabilitación de la instancia contenciosa administrativa interpuesta por la Provincia de Río Negro (IProSS), con costas (art. 68 del CPCyC); e hizo parcialmente lugar a la demanda de cobro de pesos y daño moral articulada por Carlos Errecalde contra el IProSS, disponiendo el pago en los términos del art. 55 de la CPRN de la suma que resulte de la liquidación a practicar conforme las pautas indicadas en el Considerando VIII y de la fijada en concepto de daño moral, con más los intereses respectivos en el Considerando IX, con costas a la

demandada (art. 68 del CPCyC.). Finalmente, difirió la regulación de honorarios de los profesionales actuantes relativa a la cuestión principal, como asimismo a la excepción resuelta, hasta tanto haya base cierta para ello.

Contra aquella decisión, llegan las presentes actuaciones en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 480 por el doctor Pedro Francisco Casariego, apoderado judicial del señor Carlos Alberto Errecalde y a fs. 482 por el doctor Ignacio Andrés Racca, abogado apoderado de la Provincia de Río Negro.

2).- AGRAVIOS RECURSIVOS.

A fs. 484/488, el doctor Pedro Francisco Casariego, con el patrocinio letrado de los doctores Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego, en el carácter de apoderados de Carlos Alberto Errecalde, expresaron agravios contra la sentencia de fecha 5 de septiembre del 2016 solicitando que la misma sea revocada parcialmente y con costas, en el entendimiento que el IPROSS debe ser condenado a resarcir al actor por los gastos incurridos para atender la enfermedad y recuperación que lo sumió en una incapacidad casi absoluta desde junio del año 2009, o sea desde que se originó la dolencia y no desde la fecha de extensión del Certificado de Incapacidad; y que los correspondientes intereses se retrotraigan a las fechas que se devengaron.

Allí cuestionaron que en la ecuación financiera o en la universalidad de prestaciones que una Obra Social debe brindar a la totalidad de los afiliados debe estar la atención integral a los discapacitados, por lo que resulta absurdo invertir este concepto para el caso que nos ocupa. Reflexionaron en que si efectivamente se hubiera querido en la ley local efectuar la diferenciación entre la entidad pública y la privada, el Estado lo hubiera marcado en el texto legal por medio de la Legislatura en su sanción y el Poder Ejecutivo hubiera tenido la oportunidad de aplicar el recurso constitucional del veto para corregirla, pero eso no fue lo que hicieron, por lo que sostienen que esta diferenciación no debería tener relevancia. Asimismo, discreparon en la afirmación de que la atención al discapacitado constituya una “especial protección”, ya que se trata de una prestación más de las que tiene obligación legal el IPROSS de brindar. También, denunciaron que en la segunda hoja del Certificado de Discapacidad N° C-4362085-200 que se otorgó en razón de las Leyes 3055 y 3467, se admitió que la prestación efectuada para el reconocimiento data del 04/08/2009 y que el mismo finalmente se extiende con fecha 04/02/2010. Indicaron que la tramitación del Certificado en el ámbito administrativo provincial tuvo una demora de seis meses y que las consecuencias de ello recayeron exclusivamente sobre el enfermo discapacitado y su familia.

En la expresión de agravios de fs. 490/497, el doctor Ignacio Andrés Racca, apoderado de la Provincia de Río Negro, solicitó que se declare arbitraria la sentencia dictada y que se revoque y rechace el resarcimiento por daño moral. Se sorprendió que la Cámara admita la procedencia total del daño moral, por el monto y tal como fuera peticionado por el actor, cuestionando que la conducta del IPROSS generara incomodidad y padecimientos al actor por el sólo hecho de tener que ocurrir a la instancia jurisdiccional. Consideró que el fallo carece de lógica y se aprecia autocontradictorio, causal de sentencia arbitraria, considerando que el acogimiento del daño moral se avizora como una expresión de deseo del juzgador de compensar el tramo económico que fuera rechazado. Entendió que la sentencia no se hace cargo del planteo formulado por su parte respecto del alcance de la cobertura del 100% por incapacidad, y que no explica si se refiere a valores fijados por el prestador de modo unilateral o a valores de prestaciones tarifadas. Consideró que el fallo ha hecho absoluto silencio sobre un postulado concreto esgrimido por la defensa, configurándose una sentencia *infra petita* y violatoria del principio de congruencia. Sostuvo que la motivación del resolutorio deviene autocontradictoria pues por un lado invoca que el accionar del IPROSS al no abonar el 100% de reintegros antes de la declaración de discapacidad ha sido ajustada a derecho (conforme leyes 3467, 2055 y nacional 22431) y por el otro también reprocha que la conducta de la Obra Social ha generado en el actor la necesidad de interponer acciones judiciales como causal eficiente de daño moral, enfatizando que la promoción de un juicio no puede provocar per se daño moral alguno. Ilustró que ninguna prueba se ha ofrecido ni producido en este rubro y que simplemente se lo presume. Al respecto, agregó que la indudable premisa que la relación afiliado-Obra Social tiene naturaleza contractual y que la prueba de la existencia y gravedad del daño moral inexorablemente debe ser acreditada, carga que sostiene pesa en cabeza de la víctima.

Tacha la sentencia de arbitraria por autocontradicción y por ende violación al derecho de defensa, de desvío de la lógica al haberse dictado un pronunciamiento irrazonable, que se divorcia del derecho vigente y las constancias de la causa, al indicar que no ha existido prueba alguna que demuestre el daño extrapatrimonial y su extensión, que la sentencia es incongruente por decisión *infra petita*, por haber omitido el abordaje del sustancial planteo puesto en consideración, en violación a la ley adjetiva (arts. 163, inc. 6*, 34 inc. 4* CPCC.) y art. 18 de la Constitución Nacional.

A fs. 502/506 el doctor Ignacio Andrés Racca, contesta los agravios solicitando el rechazo de la apelación de la actora con expresa imposición de costas. Allí consideró

que la crítica resulta harto insuficiente para conmover los sólidos argumentos de la sentencia de grado, la que se ha sustentado en la legislación vigente en la materia, no habiéndose demostrado arbitrariedad ni absurdo. Entendió que el remedio intentado hace un análisis del fallo y el modo en que debió dictarse, pero que no replica de manera expresa los supuestos errores de la decisión, limitándose a reeditar argumentos ya postulados ante el mérito, reprochando genérica y vagamente al juzgador errores de interpretación, normativa, omisiones y desaciertos sólo porque el fallo no recepta su postura en la contienda. Así, explicó que la enfermedad de Errecalde fue progresiva, siendo que en una primera fase se manifestaron dolencias y que tuvo la cobertura correspondiente como cualquier otro afiliado a la Obra Social. Agregó que al inicio de la enfermedad o dolencia no puede afirmarse ni presumirse que el afiliado se encontraba en situación de discapacidad, pues la agravación llevó un tiempo, hasta que la sintomatología fue empeorando, extremo que motivó el pedido de la constancia de discapacidad. Ilustró que el Certificado es una exigencia legal, de carácter obligatorio, para que el IPROSS obrara en consecuencia.

A fs. 508/511 el Dr. Pedro Francisco Casariego, con el patrocinio letrado de los doctores Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego, en el carácter de apoderados del señor Carlos Alberto Errecalde contestaron los agravios de la demandada y solicitaron su rechazo con costas. Allí explicaron que el hecho determinante del agravio moral ha sido la reticencia del IPROSS a cumplir las prestaciones, exigiendo primero la promoción de un amparo y luego esta acción contenciosa, por lo cual sostienen que exigir una prueba acabada del daño conllevaría a incurrir en un excesivo rigor formal e implicaría no reparar o analizar la incidencia del obrar antijurídico en la persona afectada, ni las circunstancias fácticas del caso concreto. A mayor abundamiento manifestaron que el IPROSS comenzó a abonarle al señor Errecalde el 100% del valor de las prestaciones conforme lo que le cobraban los prestadores al actor y no el 100% de los valores del nomenclador IPROSS, a partir del momento en que fue obligado judicialmente a hacerlo por el amparo, lo que entienden que marca la contradicción y el retroceso que conlleva la postura actual de la Fiscalía en el recurso, al pretender volver a abonar sus propios valores.

3).- DICTAMEN DE LA PROCURACION GENERAL.

A fs. 514/521 la señora Procuradora General de la Provincia de Río Negro, doctora Silvia Baquero Lazcano, mediante Dictamen N° 175/16, propició rechazar el recurso incoado por el actor y hacer lugar al remedio intentado por la Fiscalía de Estado

revocando parcialmente el fallo en crisis en cuanto dispone hacer lugar al reclamo en concepto de daño moral y confirmando en lo demás los términos del resolutorio dictado por la Cámara de Apelaciones.

En primer lugar, se refirió al remedio intentado por el apoderado de la actora, adelantando que no tiene posibilidades de prosperar, proponiendo rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el fallo en análisis. Allí consideró que el recurrente incumplió con la carga específica de expresar agravios de manera suficiente, ya que en líneas generales éstas no pasan de ser una queja genérica y poco fundada, que no alteraron en nada la línea medular en la que se sostiene el decisorio al receptar parcialmente la demanda incoada, circunstancia que habrá de obstar al progreso del remedio en cuestión, por carecer de la crítica necesaria para provocar la revocación del criterio expuesto por el Tribunal.

Entendió que se reeditaron argumentos ya expuestos, los que fueron debidamente abordados por el Tribunal en su fallo, sin introducir un reproche preciso y concreto que permita -en esta instancia de revisión- descartar los fundamentos del Tribunal de origen. Aseguró que el desarrollo del memorial sólo contiene meras discrepancias de criterio. Ejemplificó que el recurrente se agravió con la calificación de la conducta del IPROSS que fuera considerada reticente pero no desarrolló argumentos que abonen tal expresión y que, por el contrario, únicamente realizó un recuento de las presentaciones ante la administración, las cuales indican que ya han sido debidamente analizadas in extenso por la Sra. Juez del Voto rector y sobre lo que nada se expone de forma precisa ni contundente a los fines de torcer la línea argumental y la motivación de la sentencia. Expresó que el discurso no contiene argumentos suficientes dirigidos a objetar las razones relevantes esgrimidas en el fallo que se pretende cuestionar.

Destacó que la apreciación a realizar respecto de la sentencia judicial debe consistir -a los fines de lograr su modificación eventual- en la indicación precisa, detallada y concreta de aquellas omisiones o yerros que el recurrente entiende cometidos en la elaboración del fallo; es decir, la refutación suficiente de las consideraciones que llevan a los magistrados a arribar a su decisión sosteniendo que, en el caso, la expresión de agravios no se condice mínimamente con los lineamientos expuestos en tanto reedita cuestiones oportunamente analizadas y rechazadas.

Destacó que el recurso se interpuso contra la decisión de la Cámara con motivo de la cuestión temporal fijada en el resolutorio, esto es, la fecha del certificado de discapacidad N° C43620852005 (04-02-10) a partir de la cual se tornó operativa la

norma haciendo surtir la obligación del IPROSS respecto del afiliado y su dolencia. Al respecto afirmó que en el ámbito provincial el art. 3 de la Ley N° 3467 impone al Consejo Provincial de las Personas con Discapacidad la creación de las Juntas de Evaluación y de Categorización y de Acreditación. Ilustró que el art. 10 de la Ley N° 24.901 -a la que adhirió la Provincia por la Ley N° 3467- dispone que la discapacidad debe acreditarse conforme lo establecido por el art. 3 de la Ley N° 22.431 (“...la Secretaría de Estado de Salud Pública certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado...”) y por las normas provinciales.

Reflexionó que sin perjuicio de conocer la línea propiciada y sostenida por esta Procuración General respecto de la protección que debe brindar el Estado a aquellas personas que posean algún tipo de discapacidad, lo cierto es que el mero hecho de su existencia no es apta per se para alterar el cumplimiento de las normas dictadas al efecto y, en ese sentido, encontró que el criterio expuesto en el voto rector se sustentó sobre las normas legales aplicables al caso -arts. 36, 59 de la Constitución Provincial, Leyes Nacionales Nros. 24.901 y 22.431 y Provinciales D N° 3467 y N° 2055-, teniendo como norte la protección integral de quienes padecen una discapacidad. Dijo que más allá de la delicada situación de salud se deben acreditar los requisitos que el ordenamiento jurídico impone, ya que el certificado de discapacidad resulta el instrumento que el ordenamiento jurídico requiere para que, quien la padece, pueda gozar de la cobertura que deriva de aquél. Por ello, opinó que la línea argumental sostenida en la sentencia se ajustó al sistema provincial de salud y consideró que el receptarse el reclamo patrimonial a los gastos generados a partir del 04.02.10 es una consecuencia lógica y razonada de la postura que sostiene la sentencia.

En segundo término se expidió respecto del remedio intentado por la Fiscalía de Estado con relación a la impugnación sobre el daño moral al que hace lugar la sentencia opinando que debe ser receptado favorablemente ya que el Tribunal apoya su postura en una convicción personal que no se encuentra acreditada, no observándose que la parte actora haya desarrollado actividad probatoria tendiente a demostrar el daño que reclama y afirmando que la sustanciación de trámites administrativos no resulta configurativa del mentado daño.

Explicitó que, entendido el daño moral en el nuevo Código Civil y Comercial como toda “lesión no patrimonial” (art. 1471), lo cierto es que, como toda lesión a un derecho o un interés, para declarar la procedencia indemnizatoria y su quantum -en la órbita contractual- quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinan su

existencia, en tanto que las presunciones e indicios no habilitan al Magistrado a tenerlo por existente, indicando que resulta necesario que en base a la prueba producida en autos, pueda dar el Tribunal el debido rigor de fundamentación.

Agregó que al declararse la procedencia del reintegro de las sumas no afrontadas, con más los intereses trazados en la sentencia en función de la demora incurrida, se ha resarcido económicamente el perjuicio sufrido y consideró que agregar a ello el reconocimiento del daño moral alegado -y no probado-, implicaría una suerte de enriquecimiento sin causa. Finalmente, concluyó diciendo que si bien no puede soslayarse el deficitario accionar administrativo ello de modo alguno resulta razón suficiente para tener por acreditado el daño moral reclamado.

4).- ANALISIS Y SOLUCION DEL CASO.

Pasando a analizar el recurso deducido adelante que coincido en un todo con el Dictamen N° 175/16 de la Procuración General, en cuanto propicia su rechazo haciendo lugar al remedio intentado por la Fiscalía de Estado, revocando en consecuencia parcialmente el fallo en crisis en cuanto dispone hacer lugar al reclamo en concepto de daño moral, y confirmando en lo demás los términos del resolutorio, fundamentos que -por medulosos y contundentes- comparto y hago míos brevitatis causae.

En primer lugar considero que el progreso de la vía recursiva de la parte actora se encuentra condicionada 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 la Cámara, resultando -por ende- ineficaces para lograr el cometido de revocación que impetra.

Es dable reiterar 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. N° 36/14, in re: "MENDEZ").

Dicha carga resulta incumplida al no lograrse conmovier con el intento recursivo articulado el temperamento expuesto en el fallo atacado, no demostrándose la carencia lógica del mismo o que no tenga apoyo racional donde fundarse, resultando lo alegado una mera discrepancia subjetiva con la apreciación realizada.

Repárese en que la decisión de la Cámara que fijó la cuestión temporal en el resolutorio a los fines de receptarse el reclamo patrimonial de los gastos incurridos en el día

04.02.10 del Certificado de Discapacidad N° C43620852005, fecha que legalmente tornó operativa la protección integral exigida y la consecuente obligación del IPROSS respecto de todas sus obligaciones con el señor Errecalde en relación a su afección, encontró suficiente motivación jurídica en la normativa correctamente invocada por el a quo en la Constitución Provincial, Leyes Nacionales Nros. 24.901 y 22431 y Provinciales D N° 3467 y N° 2055. Ello, en virtud de que el Certificado de Discapacidad -sin lugar a dudas- resulta ser el instrumento necesario para acceder a la cobertura sanitaria que lógicamente deriva de aquél, debiéndose insoslayablemente de manera previa acreditar el cumplimiento de todos sus requisitos, tal como el ordenamiento jurídico lo impone.

En este sentido el actor en su presentación se remitió a cuestiones ya resueltas y los planteos en análisis constituyen una crítica aparente por inscribirse en el ámbito de la pura discrepancia dogmático-subjetiva frente a una conclusión jurídica desfavorable, no haciéndose cargo de los argumentos contundentes de la Cámara, pues la decisión impugnada no ha merecido una expresión suficiente que respalde su necesaria corrección.

Ello, ya que para acreditar la arbitrariedad de una sentencia no basta con que el impugnante presente su propia versión sobre el mérito de las cuestiones debatidas en autos, sino que es necesario realizar un juicio crítico del razonamiento desarrollado por el sentenciante y demostrar cabalmente que padece de un error grave, grosero, palmario y fundamental, extremos éstos que de modo alguno se han logrado evidenciar.

Al respecto, se ha dicho que: "...El art. 200° de la Constitución Provincial establece como un deber de los magistrados el resolver las causas con fundamentación razonada y legal" (STJRNS1 - Se. N° 17/13, in re: "WIMBLEY"); "La razón de ser del requisito de motivación de sentencias tiene su origen en el régimen republicano de gobierno y los principios que lo informan: igualdad ante la ley, soberanía popular, racionalidad, etc. Por ello, constituye además un requisito de carácter constitucional, sustentado en los principios dogmáticos que conforman la base de la Constitución Nacional -art. 18 C. N.-, y que es receptado positivamente por nuestra Constitución Provincial en su art. 200° al disponer que: Son deberes de los magistrados y funcionarios judiciales, sin perjuicio de otros que la reglamentación establezca, resolver las causas en los plazos fijados por las leyes procesales, con fundamentación razonada y legal..." (STJRNS1 Se. N° 17/13, in re: "WIMBLEY").

Por el contrario no advierto déficit de fundamentación en la sentencia criticada,

resultando la queja expuesta sólo un desacuerdo con la tarea de merituación efectuada. En conclusión, los agravios de la parte actora no pueden basarse ni fundarse en un simple disenso con la tesis juzgadora sino que claramente se debe identificar el yerro lógico en el razonamiento de aquél y, a la vez, acreditarse la pertinencia del enfoque valorativo que se pretende, tarea esta que se ha omitido realizar.

Por ello, en el entendimiento de que resulta correcta la técnica jurídica seguida por el Tribunal a quo en orden al tratamiento de las cuestiones sometidas a su juzgamiento y que el apelante no ha logrado conmovier con sus agravios ni desestimar los sólidos fundamentos emitidos en la sentencia impugnada, conforme señala con elevado acierto la señora Procuradora en su dictamen, corresponderá rechazar el recurso articulado a fs. 480.

En otro orden, al ingresar al análisis del agravio introducido por la Fiscalía de Estado objetando la procedencia del daño moral por no haberse acreditado el mismo en marras, entiendo que tal planteo debe tener recepción favorable, atento a ser un rubro que no probado de manera fehaciente en autos, ni sostenido del modo en que debió hacerlo el Tribunal juzgador de la instancia originaria.

Ello, por cuanto no puede inferirse de manera alguna que el sólo tránsito administrativo al que debió acudir el accionante lo presuma y configure, ni prudente que se lo confunda con las molestias o inquietudes propias de una reclamación o litigio, debiendo el mismo ser probado con sólidos elementos y de entidad suficiente por quien pretende su indemnización, no de manera eventual, pues de lo contrario podría generarse una suerte de enriquecimiento sin causa.

Se ha entendido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente que las molestias como los reclamos extra judiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de un derecho indemnizatorio no constituyen daño moral; para que así sea es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa en el espíritu del querer o sentir del supuesto damnificado, para así admitir tal rubro indemnizatorio.

Es necesario señalar que, en la actualidad, el daño moral con origen en la responsabilidad contractual debe ser consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Ello quiere decir que sólo son indemnizables los daños que el incumplimiento provoca según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no los que sean consecuencia mediata, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de hechos ilícitos, salvo que el incumplimiento fuere doloso, en cuyo caso también será

resarcible el daño moral que sea consecuencia mediata, es decir aunque no resulte directa o inmediatamente del incumplimiento sino de su conexión con un hecho distinto (cfr. BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Cód. Civ. y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado, Editorial Astrea, Tomo 2, pág. 732).

Para una mejor comprensión del principio es necesario señalar que la clasificación del daño moral en “inmediato” o “mediato” se vincula con el problema causal: el primero existe cuando el sólo incumplimiento del contrato acarrea sin más, o de por sí, el perjuicio (el daño es aquí una consecuencia inmediata); mientras que el segundo se configura en la hipótesis en que el incumplimiento se conjuga con otro acontecimiento con eficiencia coadyuvante para producir el perjuicio (daño moral como consecuencia mediata).

Así, entonces, la distinción entre daño directo o inmediato y daño moral indirecto o mediato, es relevante a la hora de determinar, en el ámbito contractual, la extensión del resarcimiento ya que, en este ámbito, el resarcimiento del daño moral indirecto (o mediato) sólo será posible mediando un incumplimiento contractual doloso o malicioso. Pero en la cuestión relativa al dolo o culpa la controversia resulta inoficiosa cuando se comprueba la ausencia de pruebas que demuestren la existencia de un daño moral exteriorizado por un gran sufrimiento emocional y psicológico que exceda el marco de frustración, impotencia y trastorno anímico que normalmente puede producirse ante un incumplimiento contractual.

En el caso de autos ni el accionante al demandar -menos aún a la hora de la etapa probatoria-, ni el Tribunal a quo han sido convincentes en fundar la procedencia de este particular concepto, de estrecha recepción en materia de incumplimientos contractuales, como el que fuera motivo del reclamo en las presentes actuaciones.

La señora Procuradora General ha sido certera en su crítica a esa porción del decisorio cuestionado y entonces cabe remitirse a sus argumentos para cimentar el criterio desestimatorio.

En materia de indicios y presunciones se ha sostenido jurisprudencialmente que “...la prueba de indicios o de presunciones hominis se realiza a partir de la acreditación, por vías directas, de un hecho, del cual se induce (o presume) indirectamente otro distinto, desconocido, en virtud de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica -art. 163, in fine, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Deben pues probarse los hechos en los que se basa la presunción. La razón o el fundamento del valor

probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido que se investiga...” (Ramón Daniel Pizarro, “Daño Moral” - Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho”. 2º edición. Hammurabi. José Luis Depalma. Pág. 627 y vta.).

5).- DECISORIO.

Por todo lo expuesto, considero -y así lo propongo al Cuerpo- que en primer lugar; se rechace el recurso intentado a fs. 480 por el señor Carlos Alberto Errecalde y que en segundo lugar; se haga lugar al remedio intentado a fs. 482 por el abogado apoderado de la Provincia de Río Negro, revocándose -en consecuencia- parcialmente el fallo en crisis en cuanto dispone hacer lugar al reclamo en concepto de daño moral, confirmándose en lo demás los términos de la Sentencia N° 48/16 de fecha 05/09/2016, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 459/475. Costas al perdedor (art. 68 del CPCyC.). ES MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Adhiero a la propuesta efectuada por el doctor Enrique J. Mansilla en punto a rechazar el Recurso de Apelación presentado por la parte actora.

Disiento, en cambio, con la opinión del distinguido colega en cuanto a hacer lugar al Recurso de Apelación intentado por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro en contra de la Sentencia Definitiva N° 48/2016 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial; ello, por los motivos que paso a explicitar.

A modo preliminar, recuerdo que el derecho a la vida, que involucra el de la salud, la dignidad humana y el bienestar común, se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 33 de la Constitución Nacional y que, asimismo, el artículo 59 de la Constitución Provincial expresamente establece que la salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad, puntualizando dicha norma que el Estado “Organiza y fiscaliza a los prestadores de salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica” (con destacado del firmante, en razón de los términos y alcances dados subsiguientemente a este voto).

Por otro lado, pero vinculado inescindiblemente a lo anterior, indico que acerca de la

discapacidad en la Provincia de Río Negro el artículo 36 de la Constitución Provincial dispone como obligación estadual la protección integral a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social, a lo que debe sumarse que en la República Argentina existen 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 N° 25.280 y la Convención Internacional sobre Derecho de las Personas con Discapacidad, convertida en norma nacional mediante la Ley N° 26.378. Además, la Provincia de Río Negro cuenta con una ley provincial específica de la materia como lo es la Ley D N° 2055, 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.

Yendo a los términos del recurso en tratamiento, ha afirmado la Fiscalía de Estado, como eje central de sus agravios en contra de la condena por daño moral que pesa sobre el Estado Provincial, que el IPROSS no estaba obligado a cubrir al cien por ciento (100%) los tratamientos médicos y de rehabilitación de su afiliado sino “...a partir de la vigencia del certificado de discapacidad emitido por autoridad competente...” (cfme. fs. 484, último párrafo), habiendo abundado dicha parte sobre el particular cuando a fs. 504 vta. párrafo primero expresó que “El certificado es una exigencia legal, de carácter obligatorio, para que el Ipross obrara en consecuencia. Sin ese documento, ninguna otra conducta puede pretenderse del organismo sujeto al principio de legalidad de los actos de gobierno, de modo tal que el quehacer administrativo se ciñe a la previsión normativa. Si la ley expresa que para ser beneficiario de la tutela integral para personas con discapacidad resulta obligatorio e inexorable el certificado expedido por la autoridad de aplicación, ninguna duda cabe en orden a la prohibición de reconocer prestaciones 100% hasta que dicho recaudo se formalice.”.

Frente al orden de ideas propuesto por la recurrente, considero necesario hacer notar que de las actuaciones caratuladas: “ERRECALDE, Carlos Alberto s/Amparo” (Expte. N° 24824/10-STJ-) surge lo siguiente:

1.- En fecha 25.08.2010 el actor reclama administrativamente a la obra social

demandada “...se le cubra el costo total e integral de las prestaciones médicas y de la rehabilitación neurológica especializada, incluido el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento (mesa de bipedestación, silla de ruedas y electro estimulación funcional)...”; también pide “...el reintegro de la totalidad de los importes abonados por el tratamiento... conforme las facturas oportunamente presentadas...”. Lo anterior, “...bajo apercibimiento de acudir a la Justicia por la vía Constitucional del Amparo...” (cfme. fs. 17/19).

2.- En aquella misma fecha se hizo conocer a la obra social el Certificado de Discapacidad del actor N° C-4362085-2005 de fecha 04.02.2010 (cfme. fs. 20/21).

3.- En fecha 08.09.2010 y al no obtener respuesta a su reclamo administrativo antes referenciado, el actor interpone acción de amparo, a los fines de obtener del IPROSS la obtención de la cobertura señalada (cfme. fs. 64/68).

4.- En fecha 14.09.10 la obra social solicita al Juez del amparo una prórroga de 48 horas para evacuar el pedido de informes que aquél dispusiese, “...para dar una más amplia y debida respuesta a lo ordenado,...dada la complejidad de lo peticionado.” (cfme. fs. 79). Dicha prórroga es concedida, de acuerdo a providencia de fecha 15.09.10 (cfme. fs. 80).

5.- En fecha 17.09.10 el IPROSS acompaña, a modo de informe, copia del Expediente Administrativo N° 143898/2010 de su propio Registro (cfme. fs. 84/169), acerca de lo cual el amparista manifestó a fs. 171/172 que aquella documental trata de “...fotocopias inconclusas de las actuaciones administrativas que sólo trata de una vieja solicitud de reintegro.”, afirmando que “...el requerido no adjunta la totalidad de la documentación presentada a reintegro y que se encuentra en su poder.”.

6.- En fecha 01.10.2010 la entonces señora Procuradora General doctora Liliana Laura Piccinini emite su Dictamen N° 112/10, en donde indica que debe hacerse lugar al amparo solicitado, puntualizando asimismo la contradicción funcional que advierte entre dos médicos dependientes de la obra social, en cuanto uno convalida el traslado aéreo del señor Errecalde al Instituto Fleni sito en Escobar, Provincia de Buenos Aires (fs. 94) y el otro, luego, señala que no habría sido ordenada derivación médica (fs. 150). Tal conducta es merituada por la titularidad del Ministerio Público como un obrar irrazonable y arbitrario de los funcionarios involucrados, “...que obsta al cumplimiento cabal de la obligación (deber) de la obra social estatal...”, calificando dicho accionar como un “...rehusamiento a cumplir.” (fs. 174/180).

7.- En fecha 06.10.2010 el Juez del amparo dicta su Sentencia N° 97/10 (fs. 182/193) a resultas de la cual ordena al IPROSS la cobertura integral del 100% de las prestaciones

básicas médicas y de la rehabilitación neurológica especializada, más el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento del actor; ello, por los fundamentos de dicho resolutorio, a los cuales se remite en mérito a la brevedad. La precitada sentencia es notificada a la requerida y a la Fiscalía de Estado provincial en fecha 07.10.10 (cfme. constancias de fs. 195 y vta. y 196 y vta., respectivamente).

8.- En fecha 14.10.2010 el actor reclama administrativamente al IPROSS el cumplimiento de la orden judicial antes indicada, detallando las prestaciones concretas que requiere, a nivel de rehabilitación (cfme. fs. 204).

9.- En fecha 19.10.2010 el amparista denuncia jurisdiccionalmente el incumplimiento de la obra social para con la sentencia del 06.10.10, acompañando copia de su reclamo administrativo señalado en el acápite anterior (cfme. fs. 205). De este último pedido se corre vista al IPROSS, por providencia de la misma fecha (fs. 206).

10.- En fecha 28.10.10 el IPROSS acompaña al expediente del amparo documentación con la que pretende probar que "...ha implementado de manera inmediata los trámites necesarios a los efectos de cumplimentar lo resuelto oportunamente por ese Excmo. Tribunal en fecha 06/10/2010." (fs. 208/211). De dicha manifestación se dio traslado al amparista en fecha 01.11.10 (cfme. fs. 212).

11.- En fecha 02.11.10 el actor manifiesta que "...de la documental traída en esta oportunidad por el Instituto se desprende con claridad que el mismo sigue cubriendo el tratamiento ... por el sistema de reintegro.", afirmando así que "Paga lo que quiere (ver fs. 209/210), es decir, tiene pensado abonar \$ 6.305,85 sobre los \$ 12.20485 gastados por Errecalde ya hace bastante tiempo. El IPROSS no presta la cobertura integral del 100% de las prestaciones médicas, ni la rehabilitación neurológica especializada, ni asume el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento...", solicitando, entonces, "...se impongan astreintes por el incumplimiento denunciado y acreditado al IPROSS." y "...se corra vista al Agente Fiscal a efectos de que determine si la conducta de los responsables de la obra social se encuadra en los delitos de abandono de persona, desobediencia judicial e incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos." (cfme. fs. 214/215).

12.- En fecha 03.11.10 y por providencia que obra a fs. 216 el Juez del amparo decidió intimar a la obra social el cumplimiento de lo por él dispuesto a favor del actor, bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones conminatorias.

13.- En fecha 09.11.10 el IPROSS acompaña documentación según la cual se habría dado cumplimiento con la sentencia oportunamente dictada en el juicio de amparo -

concretamente, una transferencia de dinero a favor del actor por la suma de \$ 12.874,49- (cfme. fs. 218/220).

14.- En fecha 15.11.10 el actor señala que aquel dinero que ha percibido "...no representa el total de gastos efectuados ... desde que la sentencia que hizo lugar al amparo le fue notificada al Instituto...", afirmando que "Otra vez, ha quedado plasmado el incumplimiento del IPROSS, toda vez que de la documental traída en esta oportunidad por el Instituto se desprende con claridad que el mismo sigue cubriendo el tratamiento ... por el sistema de reintegro, no mostrando el porcentaje de cumplimiento de su obligación." (cfme. fs. 223/225).

En la misma presentación, el afiliado, de motu proprio, efectuó una propuesta para que la obra social pueda cumplir con la sentencia reiteradamente referenciada, consistente aquélla en la siguiente metodología:

- a) El Dr. Errecalde asumirá el pago mensual de todas las prestaciones, por cuenta y orden del IPROSS, que V.S. le hiciera lugar en la sentencia de fecha 6/10/2010.
- b) El suscripto o quien expresamente autorice, presentará dentro de los primeros siete (7) días hábiles de cada mes todas las facturas y comprobantes de pago efectuados por el Dr. Errecalde , correspondientes a la cobertura integral (100%) de las prestaciones médicas y de la rehabilitación neurológica especializada, más el costo de utilización de los equipos necesarios para el tratamiento, correspondientes al mes inmediato anterior.
- c) La presentación se hará por nota ante la sede central del IPROSS con domicilio en calle Julio Argentino Roca n° 250 de la ciudad de Viedma.
- d) El reintegro del CIEN POR CIENTO (100%) de los gastos descriptos en el inc. b) deberá efectuarlo el IPROSS en la cuenta bancaria del Dr. Errecalde, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación descripta en los inc. b) y c).
- e) En caso de incumplimiento del IPROSS en cuanto a los montos y plazos propuestos en los incisos anteriores, se aplicará en forma automática y sin previa interpelación alguna una multa de PESOS UN MIL (\$ 1.000) diarios a partir del vencimiento de los diez (10) días hábiles que tiene el Instituto para pagar conforme incisos b), c) y d) y hasta la fecha del efectivo cumplimiento del reintegro (léase acreditación del total del dinero en la cuenta del Dr. Errecalde).

El Instituto ya cuenta con los datos de la cuenta bancaria del amparista, conforme las constancias de autos.

Asimismo, se peticiona que el IPROSS denuncie ante quien deberán ser presentadas las facturas y comprobantes indicados en el punto c), a fin de evitar dilaciones

administrativas innecesarias.

15.- De la propuesta efectuada por el actor se dio traslado a la obra social (providencia de fecha 18.11.10 obrante a fs. 226), anoticiada mediante cédula recepcionada en fecha 19.11.10 (cfme. fs. 227 y vta.).

16.- El día 02.12.10 el actor señala al Juez del amparo que habiéndose vencido el plazo del precitado traslado la requerida no había respondido nada acerca del ofrecimiento metodológico de fecha 15.11.10. En consecuencia, el señor Errecalde pide la aplicación de astreintes y, además, que se corra vista de los actuados al Agente Fiscal a los fines de analizar si la conducta del IPROSS en la especie puede ser encuadrada en algunos de los tipos penales que señala; ello, afincado en lo que entiende un “....constante incumplimiento y falta de interés en el damnificado.” y en “...un grave y reiterado incumplimiento a una orden judicial...”, señalando que “La situación no puede seguir de esta manera, se le ponen al IPROSS los elementos para solucionar la controversia y éste hace silencio.” (cfme. fs. 227/230).

17.- En fecha 06.12.10 la obra social acepta parcialmente la forma de trabajo futura elaborada por el señor Errecalde, introduciendo cambios -también de orden metodológico- a la misma (cfme. fs. 231 y vta.), los cuales son puestos en conocimiento del accionante (cfme. fs. 232/232 bis y vta.).

18.- En fecha 10.12.10 el amparista señala que “..está claro que la contraria no aceptó la propuesta realizada ..., modificándola e imponiendo sus propias condiciones...” a razón de lo cual pide nuevamente al Juez del amparo que se conmine al cumplimiento de la sentencia de fecha 06.10.10 (cfme. fs. 262/264). Y en esta misma presentación el actor acompaña otro reclamo administrativo efectuado al IPROSS en fecha 07.12.10, sobre la base de aquella resolución firme (cfme. fs. 233/261).

19.- Frente a tal estado de situación, el Juez del amparo, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 36, inc. 2* ap. a) del Código Procesal Civil y Comercial fija audiencia, a la que convoca a las partes (providencia de fecha 20.12.10, obrante a fs. 265), instancia procesal que es prorrogada a pedido de la parte requerida (cfme. 270).

La audiencia preindicada se realiza finalmente el día 28.12.10, y en ella las partes acuerdan una metodología por la cual, y siempre a nivel de reintegros, la obra social brindará cobertura al actor, habiendo sido objeto de homologación ese acuerdo por parte del Juez del amparo (cfme. fs. 271/272).

20.- En fecha 22.02.2011 se ordena el archivo del proceso de amparo, medida que se cumplimenta al día siguiente (cfme. fs. 273/274).

21.- En fecha 01.03.11 se presenta nuevamente el actor denunciando que el IPROSS ha incumplido con el acuerdo homologado -antes referido-, acompañando documentación de la que surge el pedido administrativo efectuado a la obra social -en el marco del citado acuerdo judicial- el que, insiste, no ha sido respondido en la forma debida (cfme. fs. 275/295).

22.- Frente a lo anterior, en fecha 02.03.11 el Juez del amparo intima al IPROSS el cumplimiento del acuerdo por él homologado en fecha 28.12.10, bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (cfme. fs. 296).

23.- En fecha 15.03.11 el IPROSS acompaña documentación por la cual señala que el día 04.03.11 se acreditaron en la cuenta bancaria del actor los reintegros correspondientes a las prestaciones habidas durante el mes de enero del mismo año (cfme. fs. 298/299).

24.- Finalmente, y sin ninguna otra actuación fondal, el amparo es archivado en fecha 27.04.2012 (cfme. fs. 302).

Del largo pero necesario detalle de lo actuado en el proceso de amparo que precedentemente se ha efectuado, se pueden extrapolar las siguientes consideraciones:

I.- Luego de haber sido puesta en conocimiento la obra social del nivel de incapacidad que padecía el actor -hecho acontecido el día 25.08.10- el último nombrado se vio obligado a interponer una acción de amparo en pos del cumplimiento de las prestaciones que de la requerida necesitaba, para superar y rehabilitarse de sus graves dolencias.

II.- La necesidad de litigar, con el consecuente y correlativo reconocimiento judicial de incumplimiento por parte de la obra social de sus obligaciones frente al afiliado, surge del dictado de sentencia favorable a favor del actor, la que queda firme por no haber sido recurrida.

III.- Aún a posteriori de la firmeza de la sentencia de amparo la obra social no cumple acabadamente con lo que en esa decisión se le ordenase, lo cual surge palmario del expediente respectivo.

IV.- Se llega al extremo de que es el propio afiliado el que diseña y formula una forma de trabajo que permita al IPROSS cumplir con el grado de cobertura dispuesto por el Juez del amparo, aceptando inclusive el sistema de reintegros; y dicho mecanismo eventual no es respondido por el IPROSS -con algunas diferencias no sustanciales respecto de lo primigeniamente sugerido por el señor Errecalde- sino hasta la ocurrencia de la audiencia de fecha 28.12.10.

V.- El Juez del amparo compartió el Dictamen N° 112/10 de la Procuración General que

había calificado el accionar de la obra social respecto del actor como irrazonable y arbitrario, considerando que ese posicionamiento funcional constituía un “...rehusamiento a cumplir.”, tal como expresamente se señaló a fs. 184 párrafo tercero (Sentencia de amparo N° 97/10).

Así las cosas, se advierte una contradicción insalvable entre el argumento de la recurrente en cuanto a que sólo cabía la cobertura prestacional reclamada a partir de la certificación de la discapacidad alegada, con la conducta desplegada por la obra social posterior al 25.08.10 (momento en que toma conocimiento del Certificado de Discapacidad N° C-4362085-2005 de fecha 04.02.2010), la cual está signada -evidentemente- por el incumplimiento, apoyada esta última circunstancia en la sistemática falta de respuesta en tiempo y forma oportunos en que incurrió la misma respecto de su afiliado, incluso frente a órdenes emanadas de un Juez.

Comparto así lo expresado en la sentencia de Cámara objeto de impugnación, en cuanto a que posee “...entidad suficiente para configurar en el plano del “daño moral” una lesión per se, las vicisitudes vividas por el accionante cuando, no obstante las complicaciones de salud que lo aquejasen, ha debido interponer una acción de amparo, efectuar reclamaciones administrativas y judiciales en procura de obtener una cobertura a la que especialmente se encontraba con derecho en un marco protectorio inherente a un derecho humano fundamental: la integridad física y con ello la dignidad de la persona.” (cfme. fs. 473 vta. párrafo tercero).

En una conceptualización que, aún cuando ha sido formulada hace años atrás pero que resulta de plena aplicación al caso aquí en tratamiento, enseñó el entonces Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que un adecuado funcionamiento de una obra social “...no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de esos agentes y medios, o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema, y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el contralor de una y otra, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor.” (Dictamen del Procurador General ante la CSJN en autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en

la causa González Oronó de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines”, de fecha 21.10.1983, con fallo de la Corte del 29.03.1984).

Noto que en diferentes presentaciones efectuadas en el proceso de amparo el señor Errecalde se encargó de señalar que desde la obra social no se había llevado adelante ningún tipo de contacto directo, personal, ni hacia él mismo ni con ningún miembro de su familia (cfme. fs. 214 párrafo tercero; 224 párrafo quinto; 262 párrafo tercero). Va de suyo que no existía obligación alguna de parte del IPROSS en cuanto a que, a través de algún funcionario de su dependencia, tomase contacto personal para con el afiliado, mas traigo a colación aquél particular señalamiento del actor porque su reiteración denota, a mi entender, que el espíritu del mismo se encontraba afectado por el accionar de su obra social, en el marco de la además obvia e innegable angustia que se produce en un ser humano cuando se sufre una grave enfermedad.

Se ha mencionado que “El filósofo Schelling señalaba que nadie puede pensar nada sin su yo, consciente de sí mismo, resulta asimismo pensado; no podemos abstenernos de nuestra autoconciencia.”, proponiéndose en la misma doctrina que “...podríamos convertir la premisa de Schelling de la siguiente manera: nadie puede sentir nada sobre nadie, sin sentir sobre sí mismo” (Capítulo IX - Daño Moral, en la obra Tratado de Daños Reparables, Director: Carlos A. Gherzi, Tomo I, págs. 213/214). Bajo dicho marco tengo para mí que uno de los acontecimientos más difíciles y trágicos a que el recurso de vida puede someter a una persona humana es el sufrir una enfermedad grave, cuya consecuencia inmediata será -salvo el excepcionalísimo e improbable supuesto del estoico- un estado de ánimo ganado por la congoja, como término por medio del cual intento comprender a toda manifestación negativa que en dicho ser se produzca por aquel hecho irresistible; y si a ello se agrega la incertidumbre generada por la ausencia de certeza en cuanto a si la obra social llevará adelante sus cometidos en debidos tiempo y forma -para que el enfermo se cure y/o rehabilite-, no pueden abrigarse dudas en cuanto a que aquella desazón se verá acrecentada.

El incremento de angustia fue provocado por el accionar de la recurrente, motivo por el cual deberá cargar con la responsabilidad que ello supone.

En un supuesto que guarda similitud con el aquí en examen, ha determinado el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén que “Las constancias de autos dan cuenta de las especiales circunstancias vividas por los accionantes como consecuencia de no haber contado con la prestación integral durante el período reclamado, cuya cobertura se encontraba a cargo de la demandada. En esta línea, puede advertirse una

serie de aspectos que evidencian claramente un sufrimiento que los actores debieron atravesar, ello en consideración de las circunstancias que rodearon los reclamos ante la Obra Social en pos del incumplimiento integral pretendido hasta la sentencia de amparo. La negativa de la Obra Social a cubrir las prestaciones indispensables que necesitaba su hija recién nacida, con una discapacidad, que requería de una atención urgente a fin de evitar trastornos futuros en su desarrollo, importó un episodio traumático, inesperado, que les acarreó inevitables padecimientos y angustias cuya reparación no puede dejar de reconocerse.”. En el mismo pronunciamiento, evaluó el más Alto Tribunal neuquino que “Era una obligación legal para el ISSN -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisibles a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados. Las pautas interpretativas aludidas reafirman la solución aquí establecida y determinan el incumplimiento por parte de la Obra Social -durante el período reclamado-.” (sentencia dada en Acuerdo N° 50 de fecha 03.09.2015, en autos: “F., J. M. y otra c. Instituto de Seguridad Social del Neuquén s. Acción Procesal Administrativa” Expte. N° 2160/07).

La doctora Marina Mariani de Vidal, en su rol de integrante de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, ha indicado que “Creo que no es menester formular demasiados desarrollos argumentales para concluir en que la situación vivida por los actores, durante los cuatro meses que les insumió conseguir los tan citados audífonos -para lo cual tuvieron que recurrir al auxilio judicial- , les habrá significado un padecimiento espiritual digno de ser indemnizado a título de daño moral: pérdida de horas de su vida en las tramitaciones que se vieron obligados a realizar, inquietudes generadas por la propia necesidad de recurrir a ellas, zozobras acerca del resultado de la gestión. A lo cual debe añadirse la negativa a continuar con la cobertura de los honorarios de la fonoaudióloga que tratara por largos años a A., con cuya asistencia había logrado importantes progresos. Y desde que nadie está autorizado para ocasionar a otro padecimientos de tal jaez, resulta evidente para mí la existencia del daño moral -derivado naturalmente de la propia conducta antijurídica, sin necesidad de otra demostración- y también el deber de restañarlo que incumbe a la demandada.” (en autos: “C., A. E. G. y otros c. Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal (OSPERYH) s. Daños y Perjuicios”, pronunciamiento de fecha 06.05.2002, receptado por el Tribunal a modo de sentencia).

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre el accionar de las obras sociales, ha indicado que “...quien contrae la obligación de prestar un servicio - asistencia a la salud de la población en este caso- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.” (Dupuy Daniel Oscar y otros c. Sanatorio Modelo Quilmes y otros s. Daños y Perjuicios”, D.640.XLVI.ROR, 15.11.2011, Fallos: 334:1361), debiendo dejarse constancia que dicha doctrina judicial de la Corte es perfectamente aplicable a supuestos de responsabilidad del Estado, tal y como lo ha sostenido la misma Corte desde antaño al indicar, a modo de complemento del orden de ideas que se acaba de transcribir, que: “Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla enunciada, fundada en razones de justicia y equidad, deben tener también su aplicación a este género de relaciones, mientras no haya una previsión legal que lo impida.” (en autos: “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires s. daños y perjuicios”, Fallo Nº 5758 del 03.10.1938, La Ley, Tomo 12 págs. 122/130).

En definitiva, se ha probado suficientemente en autos -particularmente, mediante las constancias del Expte. Nº 24824/10-STJ-: a) que el actor sufrió un menoscabo cierto, real y efectivo; b) que se produjo lesión a un interés jurídicamente relevante del actor, merecedor de protección y c) que existió relación de causalidad entre el obrar irregular de la obra social y el daño producido. Dicho menoscabo resultó en perturbación injusta de las condiciones anímicas del señor Errecalde quien, frente al accionar disvalioso de su obra social sufrió aflicciones emocionales tales signadas por frustración, impotencia, inseguridad, zozobra, ansiedad, intranquilidad, desilusión, disgusto, todo lo cual, reitero, se infiere sin mayor esfuerzo de intelección del cuadro probatorio de la causa.

Finalmente digo que aún cuando en el Código Civil y Comercial ya no existe la denominación de “daño moral”, se ha explicado -con aporte jurisprudencial- que “El artículo 1741, en base al distingo entre daño-lesión y daño-consecuencia, se refiere al daño no patrimonial que debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial. En realidad la previsión legal sólo alude a la legitimación y no menciona los aspectos conceptuales del daño moral, cuestión que queda librada al aporte doctrinario y jurisprudencial. Por eso subsisten los criterios desarrollados con anterioridad: se ha caracterizado el daño moral como la lesión a un derecho de la personalidad, a un bien extrapatrimonial, a un interés jurídico, y también el que acarrea consecuencias en el ámbito extrapatrimonial. Así, y

desde distintas concepciones, se sostuvo que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. También que el daño moral se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales -vida, integridad física o moral, honor, libertad-. Otra opinión afirma que el daño moral consiste en toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, a consecuencia del hecho y anímicamente perjudicial. En base al concepto de daño jurídico del artículo 1737 actual se puede concebir al daño no patrimonial, moral o extrapatrimonial como la lesión a los derechos y a los intereses lícitos no reprobados por la ley que repercuten en la esfera extrapatrimonial de la persona; se conjugan la tesis del daño-lesión (al interés lícito) y el daño-consecuencia (que atiende a las repercusiones, efectos o consecuencias en el patrimonio moral de la persona) . También mantienen actualidad la procedencia de los daños morales mínimos o daños morales menores, y las pautas generales para ponderar la existencia y cuantificación del daño moral.” (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo VIII, págs. 500/501). Entonces, y tal como lo anticipase al incio, propongo al Cuerpo el rechazo del Recurso de Apelación presentado por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro en contra de la Sentencia Definitiva N° 48/2016 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial. Con costas (cfme. artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial). ASI VOTO.

A la misma cuestión las señoras Juezas doctoras Adriana Cecilia Zaratiegui y Liliana Laura Piccinini dijeron:

ADHERIMOS a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Sergio M. Barotto, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

Atento a la coincidencia de los votos de los doctores Barotto, Zaratiegui y Piccinini, ME ABSTENGO de emitir opinión.

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Errecalde a fs. 480 y vta. y fundado a fs. 484/488 y vta. II) Imponer las costas al recurrente perdedor

(art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia extraordinaria, a los Dres. Pedro Francisco Casariego, Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego -en forma conjunta-, en el 25% y al Dr. Ignacio Andrés Racca, en el 30%; todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente les sean regulados a cada representación por sus actuaciones ante la Cámara (art. 15 L.A.). IV) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Provincia de Río Negro a fs. 482 y fundado a fs. 490/497 y en consecuencia revocar parcialmente el fallo en crisis, en cuanto dispone hacer lugar al reclamo en concepto de daño moral, confirmándose en lo demás los términos de la Sentencia N° 48/16 de fecha 05.09.16, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 459/475 de autos. V) Imponer las costas al perdedoso (art. 68 del CPCyC.). VI) Regular los honorarios profesionales del Dr. Ignacio Andrés Racca, en el 30% y de los Dres. Pedro Francisco Casariego, Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego -en conjunto-, en el 25%; todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente les sean regulados a cada representación por sus actuaciones ante la Cámara (art. 15 L.A.). MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Errecalde a fs. 480 y vta. y fundado a fs. 484/488 y vta.. II) Imponer las costas al recurrente perdedoso (art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia extraordinaria, a los Dres. Pedro Francisco Casariego, Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego -en forma conjunta-, en el 25% y al Dr. Ignacio Andrés Racca, en el 30%; todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente les sean regulados a cada representación por sus actuaciones ante la Cámara (art. 15 L.A.). IV) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 482 y fundado a fs. 490/497 y en consecuencia confirmar la Sentencia Definitiva N° 48/16, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 459/475 de autos. V) Imponer las costas a la recurrente perdedosa (art. 68 del CPCyC.). VI) Regular los honorarios profesionales de los doctores Pedro Francisco Casariego, Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego -en forma conjunta-, en el 30%; a calcular sobre los emolumentos que oportunamente les sean regulados por sus actuaciones ante la Cámara (art. 15 L.A.). ES MI VOTO.

A la misma cuestión las señoras Juezas doctoras Adriana Cecilia Zaratiegui y Liliana Laura Piccinini dijeron:

ADHERIMOS en un todo a la solución propuesta en el voto del doctor Sergio M. Barotto.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

(POR MAYORIA)

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Errecalde a fs. 480 y vta. y fundado a fs. 484/488 y vta. de las presentes actuaciones.

Segundo: Imponer las costas al recurrente perdidoso (art. 68 del CPCyC.).

Tercero: Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia extraordinaria, a los Dres. Pedro Francisco Casariego, Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego -en forma conjunta-, en el 25% y al Dr. Ignacio Andrés Racca, en el 30%; todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente les sean regulados a cada representación por sus actuaciones ante la Cámara (art. 15 L.A.).

Cuarto: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 482 y fundado a fs. 490/497 y en consecuencia confirmar la Sentencia Definitiva N° 48/16, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 459/475 de autos.

Quinto: Imponer las costas a la recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC.).

Sexto: Regular los honorarios profesionales de los Dres. Pedro Francisco Casariego, Luis Emilio Pravato y Pedro Osvaldo Horacio Casariego -en forma conjunta-, en el 30%; a calcular sobre los emolumentos que oportunamente les sean regulados por sus actuaciones ante la Cámara (art. 15 L.A.).

Séptimo: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. ENRIQUE J. MANSILLA JUEZ - EN DISIDENCIA PARCIAL - SERGIO M. BAROTTO JUEZ - ADRIANA CECILIA ZARATIEGUI JUEZA - LILIANA LAURA PICCININI JUEZA - RICARDO A. APCARIAN JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 38 L.O.) - ANTE MI:

ROSANA CALVETTI SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TOMO: I

SENTENCIA Nº 47

FOLIO Nº 151/163

SECRETARIA: I