

Accion De Amparo Derecho A La Salud Interes Superior De Nino Obra Social Cobertura

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Derecho a la salud. Interés superior de niño. Obra social. Cobertura Se confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo tendiente a que se ordene la cobertura en favor del hijo del actor de la prestación requerida, por entender que incurre la accionada en una conducta ilegítima al estimar que no corresponde dar una satisfacción integral a los pedidos efectuados por el amparista, sin un justificativo técnico científico contundente. ACUERDO: En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los diez días del mes de mayo de dos mil diecisiete, reunidos en el Salón de Acuerdos los Sres. miembros de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente Dr. DANIEL OMAR CARUBIA y los Vocales Dres. CLAUDIA MONICA MIZAWAK y MIGUEL ANGEL GIORGIO asistidos por la Dra. Noelia V. Ríos fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "K, P. G. C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO".- Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. GIORGIO, CARUBIA y MIZAWAK.- Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó las siguientes cuestiones: PRIMERA CUESTION: ¿Existe nulidad? SEGUNDA CUESTION: ¿Qué cabe resolver? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. GIORGIO, DIJO: Cabe tener presente en primer término que el art. 16 de la ley n° 8369 dispone que los recursos articulados importan también el de nulidad, motivo por el cual el Tribunal ad quem debe avocarse, aún de oficio, al examen de lo actuado y expurgar del proceso los vicios con tal entidad que eventualmente se constaten. En esa senda, en un examen ex officio de las actuaciones y de acuerdo al planteo central que han formulado las partes, no se constata la presencia de vicios con entidad y trascendencia suficiente para justificar una sanción nulificante en este estadio del proceso, sin perder de vista a todo esto que tampoco se ha invocado la existencia de causal alguna que genere esa consecuencia procesal. Por consiguiente, de acuerdo a ello, corresponde declarar que no existe nulidad alguna en el tramite de estos obrados. Así voto. A la misma cuestión propuesta los Sres. Vocales Dres. CARUBIA y MIZAWAK expresan su adhesión al voto del Dr. GIORGIO.- A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL DR. GIORGIO, DIJO: I.- En las presentes actuaciones el Sr. K, P. G por su propio derecho y con patrocinio letrado de la Dra. Victoria Breccia ha promovido Acción de Amparo contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) tendiente a que se ordene al IOSPER la cobertura a favor de hijo del actor , integral (100 %) efectiva, oportuna, completa e ininterrumpida de la prestación de provisión de Procesador BAHÁ 5 unilateral, de acuerdo a los hechos que se exponen en el escrito de demanda, entre los que cabe destacar que conforme lo acredita con Certificado Nacional de Discapacidad obrante a fs.19, su hijo padece: Dependencia de otras máquinas y dispositivos capacitante. Ausencia congénita del pabellón (de la oreja) Ausencia congénita atresia o estrechez del conducto auditivo (externo). Otras malformaciones congénitas de la cara y el cuello. Señaló también que su hijo nació el 09/04/15 con un síndrome genético que se encuentra en estudio y tratamiento en el Hospital Garrahan de la ciudad autónoma de Buenos Aires, recibiendo por parte de los especialistas en otorrinolaringología el diagnóstico de DISGENECIA AURICULAR BILATERAL CON ATRESIA DE AMBOS CONDUCTOS AUDITIVOS EXTERNOS, GRADO I EN LADO DERECHO Y GRADO III EN LADO IZQUIERDO, CON HIPOACUSIA CONDUCTIVA MAXIMA BILATERAL.- Relató que en el mencionado nosocomio se pudo constatar que mediante la utilización de un dispositivo con procesador BAHÁ 4 con soft band en forma bilateral se observó una clara respuesta a los sonidos (ver fs. 8), razón por la cual solicitó al IOSPER la adquisición y provisión del dicho equipamiento sin que se le diera una respuesta concreta dando lugar a una intimación el 29/02/16, luego de lo cual se comprometieron a hacerle entrega de una vincha con el equipamiento solicitado pero ello se concretó parcialmente en octubre de 2016 porque el procesador entregado es monoaural, es decir para un solo oído, cuando específicamente estaba indicado uno bilateral. Afirmó que la prestadora de salud, para justificar su proceder, arguyó que adquirió un solo procesador el razón de la vinculación de esta prestación una cirugía de cabeza que estaba programada pero que no se realizó en virtud de otra patología cardiológica que podía presentar el menor al ser anestasiado.- Informó que producto de aquella decisión unilateral del IOSPER, el procesador entregado es utilizado alternadamente en ambos oídos del niño a razón de una semana en cada uno de ellos; y si bien se nota una buena evolución, resulta fácil suponer que si la demandada hubiese cumplido con lo requerido en noviembre de 2015, hoy la realidad de su hijo... sería otra.- Manifestó finalmente, que agotado de la situación, en fecha 17/02/17 intimó al IOSPER la cobertura del material prescripto por los médicos tratantes del Garrahan, consistente en un procesador BAHÁ 5 monoaural, dado que el 4, que fue el primero indicado, no viene más; la Médica especializada en

Otorrinolaringología Dra. Patricia C. Dernaldez- y la Fonoaudióloga - María Angela Silva- le prescribieron un nuevo modelo, el 5que cumple las mismas funciones que en procesador prescripto en noviembre de 2015 (cfr fs. 1). Pero una vez más la Obra Social guardó silencio lo que determinó el inicio de la presente acción.- II.- El Señor Vocal de la Cámara II de Apelaciones, Sala III de Paraná, Dr. Andres Manuel Marfil, que intervino en Primera Instancia ha dictado sentencia en la que hizo lugar a la acción de amparo y dispuso ordenar al INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS la provisión Procesador BAHÁ 5 unilateral, al niño, haciendo extensiva la condena, en forma subsidiaria al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos conforme lo expuesto en los considerandos.- III.- Contra ese resolutorio interpuso recurso de apelación la Dra. Ruth Veronica Venutti en representación de la parte demandada (ver fs.327), siendo el mismo concedido a fs. 328 por el magistrado interviniente.

Al expresar los agravios que ese pronunciamiento provoca a los intereses de la parte que representa y en el memorial de fs. 334/336, manifestó su disconformidad con lo resuelto al considerar que la sentencia resulta arbitraria toda vez que el nuevo pedido de equipamiento no se encontraba científicamente justificado, según la última audiometría y teniendo en cuenta la edad del menor y las otras patologías en estudio.- IV.- En el trámite impreso a ese recurso y al contestar la vista conferida, el Defensor General de la Provincia, Dr. Maximiliano Francisco Benitez consideró que el fallo en crisis debía ser confirmado ya que es indudable que la prestación solicitada fue prescripta por los médicos tratantes del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital público de Pediatría Garrahan, y que el IOSPER no dio cumplimiento a sus obligaciones y tampoco probó haber efectuado la interconsulta sugerida por el área técnica del IOSPER para ser realizada con otros equipos médicos de las ciudades de Santa Fe y Córdoba.- Por su parte, el Sr. Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge Amilcar Luciano García dictaminó que el ente asistencial provincial no rechazó la cobertura sino que, surgiendo de las pruebas colectadas que con el equipo que oportunamente proveyó, el niño percibe todos los sonidos, y considerando que no mediaba ninguna urgencia que pusiera en riesgo la salud del menor, no resultaba irracional la respuesta del IOSPER, concluyendo en que debía revocarse el fallo.- V.- En trance de emitir opinión sobre la materia traída a conocimiento de este juzgador, de acuerdo a la inveterada postura de este Alto Cuerpo, cabe recordar que el recurso de apelación en los procesos de amparo otorga al Tribunal superior la plena jurisdicción colocándolo en la misma posición del juez de grado para juzgar la totalidad de los hechos y el derecho acerca de la misma, pudiendo examinar la causa en todos sus aspectos, tratar cuestiones no planteadas recursivamente y establecer, aún de oficio, la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen de pleno derecho. En esa inteligencia, partiendo de la pretensión introducida por la amparista en su demanda, ninguna duda cabe que se encuentra debidamente acreditada la afección que padece el hijo del actor (fs.19,78/83), como así también la necesidad terapéutica y la prescripción médica del procesador BAHÁ 5 para uso constante en ambos oídos (ver fs. 1 y 8).- A partir de tales datos considero que la accionada al insistir en que la necesidad científico-terapéutica del segundo procesador de habla no está acreditada, incurre en una conducta ilegítima toda vez que tal afirmación la sostiene desde la valoración de la última audiometría, realizada en un dictamen de la Gerencia Prestacional del IOSPER que en copia luce agregada a fs. 146, avalada por el criterio médico de sus auditores, los Dres. Luis Angel Beber y Silvia Schenone; y la Licenciada María Laura Inchausti del Area Técnica de Fonoaudiología, quienes luego de mencionar que &la audición se presenta con umbrales dentro del campo auditivo permitiendo oír todos los sonidos del habla (frecuencia e intensidades) en forma bilateral con el equipamiento otorgado&, solicitaron a renglón seguido una interconsulta con diferentes equipos médicos de las ciudades de Santa Fe y Córdoba y con la Fonoaudióloga tratante (ver fs. 146), la cual nunca se realizó.- Todo ello permite apreciar que a través de los argumentos vertidos, la prestadora de salud, estima que no corresponde dar una satisfacción integral a los pedidos efectuados, sin un justificativo técnico científico contundente.- Consecuentemente con lo expuesto se vislumbra que la sentencia dictada en autos ha dado una solución acorde al reconocimiento de la salud como derecho humano fundamental formalizado por la nueva Constitución de Entre Ríos en su artículo 19, el que además sienta las bases para un sistema de asistencia gratuita, universal, igualitario, integral, adecuado y oportuno .- Es que &el principio de integralidad de la prestación asistencial constituye su regla básica, pues la prestación debe ser ejecutada del modo más eficaz e idóneo y satisfacer condiciones mínimas acordes con las exigencias y el desarrollo evolutivo de la ciencia médica en un determinado momento histórico, y en relación a la situación particular de cada enfermo y que el concepto de salud debe ser concebido en un sentido dinámico que implica la actualización y aplicación de avances científicos y tecnológicos (Conf. Weingarten, Celia, Los nuevos temas de salud. Obesidad y desafíos jurídicos, Suplemento de Actualidad, Ed. La Ley, del 23/2/2006)

Por lo demás, debemos tener en cuenta que se encuentran en juego los derechos de un niño de un año y nueve meses de edad y que la Convención de los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/89, aprobada en la Argentina mediante Ley N° 23849, sancionada en fecha 27/9/90 e integrante por su contenido del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de 1994 -75 inc. 22 CN-), sostiene precisamente en su art. 3° inc. 1, que: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño , - las negritas me pertenecen.-

Asimismo, el art. 18 de la Constitución Provincial expresa: El Estado reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad a quien protege promoviendo su desarrollo y afianzamiento. Brinda asistencia especial a la maternidad e infancia& Establece la protección integral de los niños, niñas y adolescentes& .- Tal reconocimiento y protección, no pueden quedar en la sola enunciación, sino que por el contrario son normas operativas que imponen su inmediata aplicación y si bien el aquí demandado no fue el Estado Provincial, lo cierto es que su Obra Social, debe implementar las políticas activas que crea convenientes para asistir a los sujetos de la norma, es decir, las familias y sus niños cuando median cuestiones de salud.- Es igualmente factible recordar lo sostenido en tal sentido por este tribunal, en sentido que: &Conociendo que ese principio del interés superior del niño o niña es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños, corresponde explorar sobre su materialización en la cotidianeidad de la vida misma de esos pequeños a quienes se les ha destinado.- Entiendo que se trata de una garantía, y como tal debe funcionar permitiendo que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas como el autoritarismo o el abuso del poder, que ocurren cuando se toman decisiones referidas a ellos, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro. Este es un concepto triple, es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se hizo primar al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.- Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.- Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión (cfr. "DUARTE, Norma Beatriz C/Dirección de Enseñanza de Gestión Privada y otros S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 20/5/14).- Sentado lo anterior concluyo que el recurso de la accionada, no cuenta con ningún sustento razonable y por consiguiente, creo factible propiciar el rechazo del recurso de apelación y la confirmación del fallo en crisis en razón de que a partir de lo documentado en autos respecto de las particularidades del caso, la conducta omisiva de la demandada ante las necesidades del beneficiario resulta conculcatoria de los derechos constitucionales del amparado, en especial a la salud y a la calidad de vida. Todo ello, con costas a la apelante vencida en virtud del principio de la derrota objetiva que emerge del art. 20 de la ley 8369. Así voto.- A la misma cuestión propuesta el Sr. Vocal Dr. CARUBIA expresa su adhesión al voto del Dr. GIORGIO .- A la misma cuestión propuesta, y a su turno, la Sra. Vocal Dra. MIZAWAK, dijo: Resumidos así los antecedentes relevantes del caso en el voto que comanda este acuerdo, me remito a ello brevitatis causae e ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída. Considero que el meollo a dilucidar en esta causa se circunscribe a determinar si existió una conducta o una omisión manifiestamente arbitraria o ilegítima por parte de la obra social, conculcatoria de los derechos de la menor, habilitante de esta vía extraordinaria. En tal cometido, creo necesario reseñar el iter administrativo previo a esta acción, en cuyo resultado desfavorable se apoya el amparista para fundar su pretensión. El actor, el 13 de febrero de 2107, solicitó del IOSPER la provisión de un procesador BAHIA 5, adjuntó pedido médico fechado el 20/12/16 -ver fs.6- y el resultado del examen audiométrico realizado en igual fecha. Tramitado el pedido, la obra social, el día 16/03/17, le respondió: "como previo a evaluar el caso, se solicita realice una interconsulta con alguno de los especialistas que se detalla a continuación, debiendo posteriormente remitir el informe médico", y le brindó los datos de dos profesionales: uno de esta ciudad y el otro de Santa Fe -ver.fs.145-; a fs.146 está agregada la nota en la que se explica la razón de este pedido, lo que se le comunicó al padre el 17/03/17 cfme. constancia de fs.147- y esta acción se inició ese mismo día cfr.fs.110 vta.-. Analizado la conducta de ambas partes, no constato una negativa del IOSPER a proveer lo reclamado, sino que la prestadora asistencial solicitó la opinión de otro especialista para proveer un insumo de alto costo y que se había otorgado uno similar el año pasado, dando razones para así hacerlo -fs. 146-. Es decir, requirió la complementación de información necesaria para realizar la auditoría técnica de lo peticionado y el actor incumplió tales exigencias, no dando razones atendibles que permitan considerarlo innecesario o superfluo. No debe perderse de vista que se acudió a un especial proceso constitucional, excepcional y restrictivo, como el de la acción de amparo, ideado por el constituyente para lograr la oportuna restauración de la lesión de un derecho de raigambre constitucional ilegítimamente producida por un acto, hecho u omisión de un tercero, debiendo tal ilegitimidad revelarse de modo manifiesto, apareciendo en grado de evidencia dentro del limitado margen de apreciación que permite la naturaleza sumarísima de esta acción. Y el actor no demostró en autos, con la diafanidad que la ley exige, que estemos ante un proceder contrario a derecho por parte del ente prestacional accionado. Destaco también que, indicada la prestación el 20/12/16, recién se reclamó su cobertura, a través de una intimación por tres días de imposible cumplimiento material, el 13/02/17, casi dos meses después de su prescripción. Por lo que tampoco se advierte la urgencia habilitante de esta vía, ni que se trate de una emergencia que autorice a obviar el cumplimiento de

las condiciones y plazos que insume el común de los trámites ante las obras sociales. Por último, puntualizo que la conclusión precedente no implica pronunciarme sobre si la obra social debe o no reconocer del modo peticionado lo pretendido para el menor, quien cuenta con certificado de discapacidad; ya que lo que evalué en esta causa, se ubica en un peldaño previo; es decir, si la respuesta brindada de exigir mayor información para evaluar su procedencia, podía catalogarse como un accionar ilegítimo, concluyendo que no lo era. De manera similar me expedí ante un supuesto de hecho y derecho parecido al presente in re "CHALLIOL" -Causa N° 22227, sent. del 19/10/16-. Por ello, en consonancia con los dictaminados por el Sr. Procurador General a fs. 348/349, propicio se haga lugar al recurso articulado, se revoque íntegramente el decisorio en crisis y se rechace la acción deducida; imponiendo las costas de todo el proceso por el orden causado, ya que por los derechos que se aducen conculcados, el actor pudo haberse creído con suficiente derecho para litigar en beneficio de su hijo menor art.20 Ley N° 8369.- Así voto. Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada, y por mayoría, la siguiente sentencia: Daniel O. Carubia - Miguel A. Giorgio - Claudia M. Mizawak (En disidencia). SENTENCIA: Paraná, 10 de mayo de 2017.- Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que antecede; SE RESUELVE: 1º) ESTABLECER que no existe nulidad.- 2º) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -I.O.S.P.E.R.- a fs. 327 contra la sentencia de fs. 319/323vta., la que, por los fundamentos de la presente, se confirma.- 3º) IMPONER las costas de esta instancia a la apelante vencida.- 4º) ESTABLECER los honorarios profesionales de la Dra. Victoria Breccia por la intervención que le cupo en esta Alzada en la suma de pesos cuatro mil ciento treinta y dos (\$4.132,00) -art. 1255 del Cod. Civil y Comercial en consonancia con arts. 2, 3, 4, 5, 7, 12, 59, 64 y 91 de la ley arancelaria.- Protocolícese, notifíquese y, en estado bajen.- Firmado: Daniel O. Carubia - Miguel A. Giorgio - Claudia M. Mizawak (En disidencia). Ante mí: Noelia V. Ríos -Secretaria-. *ES COPIA** Noelia V. Ríos -Secretaria- 018374E