

Derecho A La Salud Menor Discapacitado Obra Social Cobertura Integral Amparo

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Menor discapacitado. Obra social. Cobertura integral. Amparo Se hace lugar a la acción de amparo deducida, ordenando a la obra social proveer al hijo del amparista la aparatología indispensable para la atención, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad.

PARANA, 31 de marzo de 2017 VISTO: Estos autos caratulados "K. P. G. C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO", Expte. N° 8904, que tramitan ante esta Sala Tercera de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial, de los que, RESULTA: 1. Que a fs.101/110 se presenta el Sr. P. G. K., en el carácter de representante legal de su hijo menor, con patrocinio letrado, y promueve acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de Entre Ríos (I.O.S.P.E.R.) y, subsidiariamente, contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, solicitando se otorgue cobertura integral (100%), efectiva y oportuna y se le provea el Procesador BAHHA 5 unilateral que, conforme criterio médico, es indispensable para la atención, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad. Relata que su hijo nació el 09/04/2015, que padece una cardiopatía compleja y un síndrome genético en estudio, con múltiples malformaciones, por lo cual se le ha extendido un certificado de discapacidad en el que consta el siguiente diagnóstico: Dependencia de otras máquinas y dispositivos capacitantes. Ausencia congénita del pabellón (oreja). Ausencia congénita, atresia o estrechez del conducto auditivo (externo). Otras malformaciones congénitas de la cara y del cuello. Que en virtud de ello es atendido multidisciplinariamente. Que para el objeto de la presente acción es importante el tratamiento que su hijo se encuentra recibiendo por parte de los especialistas en otorrinolaringología por la condición que el niño presenta diagnosticada como disgenesia auricular bilateral con atresia de ambos conductos auditivos externos, grado I en lado derecho y grado III en lado izquierdo, con hipoacusia conductiva máxima bilateral. Manifiesta que atento que durante la atención en el Hospital Garrahan se detectó que con dependencia de un dispositivo con procesador llamado BAHHA 4 con soft band, en forma bilateral (vincha) el niño había observado una clara y rápida respuesta al sonido, pudiendo en el futuro escuchar y, en consecuencia, comenzar a balbucear o decir sus primera palabras, en noviembre de 2015 solicitó al IOSPER la adquisición de dicho equipamiento. Que ante la falta de respuesta el 29/02/2016 intimó al Instituto accionado para que en el término de tres (3) días le haga entrega del procesador solicitado y, ante ello se comprometieron a hacerlo, pese a lo cual el Instituto no cumplió en forma acabada con su pedido, proveyendo en octubre de 2016 un procesador monoaural, so pretexto de vinculación de esta prestación con una cirugía de cabeza que estaba programada y que finalmente no se realizó aún, ya que los médicos analizaron la complicación que podría surgir derivada de la anestesia. Que ante tal estado de cosas, el 13/02/2017 intimó al IOSPER para que provea la cobertura del restante material prescripto por los médicos de su hijo. Refiere que la negativa de obra social accionada respecto de la provisión del equipo de mejora de la audición cercena de forma total e injustificada el derecho a la salud de su hijo, ya que la falta de uso representa un retroceso en su escucha, máxime cuando ha logrado una notable mejora en su capacidad auditiva con el equipo en un solo oído, al verse forzado a alternarlo por ser unilateral. Funda en derecho, refiere a que se hallan cumplidos los requisitos de procedencia y admisibilidad de la vía elegida y solicita, en suma, se haga lugar a la acción promovida, con costas. 2.- El Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos, produjo el informe requerido previsto en el art. 8 de la Ley 8369. En la ocasión refiere que para la compra del sistema auditivo requerido debe realizar el procedimiento que establece la ley 5140. Que ya se produjo el llamado a licitación para la compra, se consultó a la médica tratante del niño y se procedió a adquirir un procesador BAHHA 4. Que no obstante, el 13/02/2017 se recibió una nota del actora por la cual se intimaba a la cobertura del procesador BAHHA 5 para lo cual acompañó una solicitud que daba del 20 de diciembre de 2016. Con lo cual la indicación para fundar la intimación de tres días databa de dos meses, denotando la absoluta inexistencia de urgencia. Que por las características de la FLAP debe ser estudiada la incidencia orgánica de dicha fisura y conducción del sonido. Que se observó que se autorizó la provisión en un 100 % de un equipo procesador BAHHA 5 y VINCHA estimulándose por conducción ósea del sonido en ambas cócleas auditivas. Que según la última audiometría presentada por el afiliado, la audición se presenta con umbrales dentro del campo auditivo permitiendo oír todos los sonidos del habla en forma bilateral con el equipo otorgado por el IOSPER. Que, en tal sentido, no se encontraba científicamente justificado el nuevo pedido, teniendo en consideración la edad del menor y las otras patologías en estudio. Que la respuesta formal y sugerencia efectuada por el Instituto fue remitida vía mail el 17/03/2017. Concluye manifestando que fue considerado por el área fonoaudiológica del IOSPER, ofreciéndole cobertura integral de interconsulta, sin perjuicio de lo cual, si dichos especialistas coinciden con la indicación que en copia acompañó a la obra social, se volverá a proveer el equipo que corresponda. Pese a lo cual, rechazaron la procedencia de la vía intentada, por cuanto el obrar de su parte no resulta manifiestamente ilegítimo. Que ni la vida ni la salud ni la continuidad del tratamiento del afiliado han estado en

juego ante la actitud del Instituto accionado. Solicita se declare improcedente e inadmisible la acción promovida en su contra y declare las costas por su orden, teniendo en cuenta que la accionante litigó sin razón. 3.- El Estado Provincial, por intermedio del Sr. Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Entre Ríos, Dr. Sebastian Miguel Trinadori, produjo el informe previsto en el art. 8 de la Ley 8369. Sostiene en su responde que no se dan en autos los presupuestos de procedencia de la acción promovida -art. 3 incs. a) y b)-. Que el particular caso es improcedente porque la accionante ha superado con creces el plazo de 30 días previsto por la LPC. Que el Estado es garante del sistema de salud pero respecto de aquellas personas que se encuentren marginadas del sistema sanitario, que no es el caso del amparista. Refiere a lo ya expresado por el Instituto accionado en relación a la sucesión de los antecedentes del caso. Hace reserva del caso federal y solicita se rechace la pretensión instaurada contra su representado, con costas. 4.- Que corrida la vista al Ministerio Pupilar, dictaminó pronunciándose por la admisibilidad y procedencia de la acción de amparo incoada. CONSIDERANDO: 5. Que la intervención del infrascripto, Vocal de la Cámara de Apelaciones II en lo Civil y Comercial Sala III, lo es conforme la interpretación del texto de la ley de procedimientos constitucionales, dada por el Superior Tribunal provincial, que por Acuerdo General del STJER N° 38/14 del 19/11/14 que estableció la actuación unipersonal de los integrantes de los Tribunales colegiados, y cuyo cumplimiento fue resaltado in re "Zigarán, José Carlos C/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos S/ Acción de amparo" del 15/01/2015. 6. Que nuestro Máximo Tribunal provincial a definido a la Acción de Amparo como una vía "sumarísima y de carácter extraordinario, destinada a velar en forma rápida y eficiente por la supremacía de la constitución y el cumplimiento de la ley, debiendo el órgano jurisdiccional llamado a resolver verificar si efectivamente se acredita la existencia del derecho que se pretende garantizar y si resulta con claridad del acto o hecho cuestionado la violación de una garantía constitucional, donde debe justificarse la certidumbre del derecho invocado y que se pretende proteger ello en razón de que este proceso no tiene por finalidad la de demostrar su existencia" (STJER in re "Gomez de Miño Gloria E s Recurso de Amparo" JER t.32 f.644 Delta Paraná). Nuestra Ley Provincial de Procedimientos Constitucionales en su art. 1° de la LPC exige la existencia de una decisión, acto, hecho y omisión de autoridad administrativa, judicial o legislativa en ejercicio de funciones administrativas, de funcionario, de corporación, de empleado público -provincial o municipal- o por un particular, que afecte -en los distintos grados de amenaza, restricción, alteración imposibilidad o lesión-, en forma actual o inminente y de manera manifiestamente ilegítima el ejercicio de un derecho o garantía implícito o explícito reconocido por la Constitución Nacional o Provincial. Por su parte, el art. 2° de la LPC define el concepto de "ilegitimidad" y describe las condiciones para que tales actos y omisiones puedan ser considerados ilegítimos en grado manifiesto. Así, serán ilegítimos cuando se actúe sin competencia o sin facultad, o con inobservancia de las formas o límites constitucionales o legales, en relación al derecho o garantía constitucional invocados y tal ilegitimidad será manifiesta cuando aparezca en grado de evidencia dentro del margen de apreciación que permita la naturaleza sumaria de la acción. Nuestro Máximo Tribunal Provincial ha decidido, que el elemento esencial habilitante de la procedencia de la acción de amparo está constituido por la existencia de una concreta acción u omisión manifiestamente ilegítima causante de la lesión jurídica denunciada, no resultando suficiente, a esos efectos, la verificación de la lesión jurídica particular ni la de una acción u omisión causante de ella, si no se constata de modo palmario y evidente la manifiesta ilegitimidad de esta última (cfr. STJER in re: "LOPEZ, Pedro Evencio c. Caja de Jubilaciones y Pensiones de E.Ríos - Acción de Amparo", LAS 09.02.99). Que entrando al planteo formulado por los accionados, en cuanto a la admisibilidad de la acción, cabe decir que no existe discusión sobre la patología incapacitante del amparista, respecto de la cual pide las prestaciones, lo que se desprende del certificado médico del certificado de discapacidad que obra agregado a fs. 19/20 de autos y demás constancias de autos. En efecto surge de las constancias de autos, que el niño B. N. K., requiere un procesador BAHHA 5 con softband unilateral para tener dicho dispositivo en el oído que hoy no tiene cubierto, dado que se le ha asignado solo uno y tiene que usarlo de forma alternada en cada lado; en la aportación rápida de este aparato esta en juego su salud y calidad de vida, siendo preponderante el factor edad, pues al tener 2 años, resulta fundamental contar con la cobertura de forma oportuna para evitar agravamientos que pueden ocasionarse a futuro. En el informe rendido por el IOSPER no se da ni un solo motivo legal o médico, de porqué se lo proveyó de solo una prótesis en su oportunidad, y no de las dos que necesitaba el pequeño niño B., la sola explicación de la licitación que se realizó no enerva su prestación parcial, que contiene por sí misma la ilegitimada por violar el principio de prestación integral. Lo sostenido por la demandada en esta instancia que la patología es congénita que está en estudio, no sirve como argumento eximente de sus obligaciones por cuanto ella misma otorgó antes del inicio del amparo la ya mencionada cobertura parcial, y al formular esta afirmación importa un volver contra sus propios actos. La Excma. Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en autos: "Correa Ofelia R. c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de E. Ríos (I.O.S.P.E.R.) s/ Acción de amparo", 13/06/2016, refiere al vasto plexo normativo "que determina el deber de proteger la salud de la población en general y cuyo profundo sentido tuitivo subyace en dicho espectro de leyes protectorias de tal derecho constitucional, pero en especial de las personas mayores adultas (art. 18, últ. párr., Const. de E.

Ríos) y, más aún, si padecen discapacidad, por su mayor vulnerabilidad, por lo que resulta palmariamente inaudible y altamente reprochable el inexcusable silencio frente a la pretensión actoral, pretextando con posterioridad la legitimidad de su accionar por la cobertura parcial e insuficiente a través de subsidios por reintegro -muchas veces demorados- como surge de la documental acompañada (fs. 75), frente al deber positivo de la obra social de brindarle íntegra cobertura, no debiendo perderse de vista que la cuestión debatida se encuentra directamente vinculada con el derecho a la salud, de reconocida raigambre constitucional, como así también a una mejor calidad de vida, lo que parece desconocer la obra social demandada con su retaceo prestacional". Por lo expuesto la cobertura integral interesada por el accionante, constituye una prestación que debe ser proporcionada por la obra social demandada en beneficio del niño discapacitado por quien se acciona en autos, en forma integral, oportuna y gratuita, habida cuenta que los explícitos dispositivos constitucionales y legales citados imponen a ésta abonar el 100% del costo de la prestación. Pero en atención a que la compra de los audífonos requiere del previo cumplimiento de trámites internos, corresponderá otorgar un plazo prudencial para su cumplimiento sin que ello trastorne la necesaria tempestividad de la prestación. 7.- Asimismo, la presente condena, se hará subsidiariamente extensiva al Estado Provincial, en tanto garantes de las obligaciones del accionado principal -IOSPER- y para el caso de que éste no de cumplimiento efectivo a la presente sentencia y en virtud de atribuírsele la condición de garante genérico de las obligaciones que comprometen a la Administración descentralizada. Tal ha sido la posición de la Alzada en materia de amparos en numerosísimos precedentes (cfr. S.T.J.E.R. in rebus: "GUADAGNIN", sent.del 10/3/93 y "VILLARRAZA", sent. del 23/12/93 "ADRA", sent.del 5/6/95, entre otros). Igual criterio mantuvo por dicha Alzada al expedirse en las causas BALDA sent. del 22/12/10 Expte. N° 19506- e HILLAIRET (7) sent. del 17/04/12 Expte. N° 20147). 8.- Costas y honorarios: Que en cuanto a las costas, estas deben ser soportadas por el demandado perdidoso IOSPER -art. 20 L.P.C.- aunque por las particularidades del caso y en atención a que en concreto el Estado Provincial no ha dado motivo al amparo, las costas en lo que a su respecto corresponde serán por su orden. En relación al monto de los honorarios que si bien el STJER en "Uranga" se expidió sobre la vigencia del orden público en materia arancelaria, y con ese fundamento se dispuso aplicar los mínimos legales; recientemente en "OLMOS ALICIA SUSANA C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE ENTRE RIOS S/ APELACION DE HONORARIOS" Causa N° 22253, del 18/10/2016 se dijo que "para valorar las regulaciones de honorarios profesionales corresponde aplicar las pautas fijadas por el párrafo tercero del artículo 1255 del Código Civil y Comercial de la Nación, en particular que su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador y que si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución(el resaltado me pertenece). De igual modo me expedí, entre varios otros, ... Teniendo en cuenta que en la instancia de grado de un juicio de amparo la labor profesional se circunscribe al inicio del proceso -escrito de demanda y prueba incorporada- ya que el resto -notificaciones, cédulas- se efectúa de oficio, así como la real o probable dedicación que implicó la confección del memorial de interposición, concluyo que los estipendios fijados no resultan correctos.- En el caso, la lisa y llana aplicación de los mínimos dispuestos por la ley arancelaria local, conducen a una injustificada e irrazonable desproporción entre el efectivo trabajo desarrollado y su retribución económica". Así las cosas y siendo que en el presente no hubo apertura a prueba y la situación es similar a la precitada debe seguirse tal postura. Por ello, RESUELVO: 1°) Hacer lugar a la acción de amparo deducida por K. P. G., y en consecuencia ordenar al INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS la provisión Procesador BAHIA 5 unilateral, al niño B. N. K., DNI: ..., la que no deberá demorarse más allá de 30 días hábiles administrativos debiendo iniciar de manera inmediata con los trámites de rigor. La presente condena se hace extensiva en forma subsidiaria al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos conforme lo expuesto en los considerandos. 2°) Costas a la demandada -IOSPER- vencida, art. 20 LPC. El SGPER afrontará las propias. 3°) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Victoria Breccia, en la suma de Pesos Diez Mil Trescientos Treinta (\$ 10.330) -arts. 2, 3, 5, 6, 15, 64, 91 y ccdtes. Decreto Ley N° 7046/82, ratif. por Ley N° 7503; 1° y 13° Ley 24.432; 730 Código Civil y Comercial-.- 4°) Comuníquese a CFER el incumplimiento de aportes profesionales. Regístrese, notifíquese con habilitación de días y horas y oportunamente, archívese. Andrés Manuel Marfil Vocal de Cámara Correlaciones: Battaglini, María Magdalena c/IOMA s/amparo - Cám. Cont. Adm. La Plata - 14/04/2015 - Cita digital IUSJU008350E C., Ricardo (en rep. de su hija P.) c/ Swiss Medical Group y OSDEPYM s/ amparo ley 16.986 -Cám. Fed. Salta - 14/10/2014 - Cita digital IUSJU221569D 017798E