|  |  |
| --- | --- |
| **Numero expediente** | 26209/12 |
| **Carátula** | TELLEZ PEDRO GUSTAVO C IPRO SS AMPARO E S S INCIDENTE ART 250 CPCC S/ APELACION |
| **Fecha** | 27/12/2012 |
| **Número de sentencia** | 181 |
| **Tipo de sentencia** | D |

///MA, 27 de diciembre de 2012.-  
-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. BAROTTO y Víctor H. SODERO NIEVAS, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: \"TELLEZ, PEDRO GUSTAVO C/ I.PRO.S.S.-AMPARO (E-S) S/INCIDENTE ART. 250 CPCC S/APELACION\" (Expte. Nº 26209/12-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcribe a continuación el voto emitido: - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - V O T A C I O N- - - - - - - - - - - - - - --   
-----Los señores jueces doctores Sergio M. BAROTTO y Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijeon:- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -----Llegan las presentes actuaciones en virtud de la concesión del recurso de apelación fs. 30-, fundado a fs. 31/36, por el apoderado de la Fiscalía de Estado, Dr. Roberto Stella, contra la sentencia dictada por el Juez del Juzgado Civil y Comercial N 3 de la IIIa Circunscripción Judicial, Dr. Carlos Cuellar, obrante en copia a fs. 27/31, que hizo lugar al amparo interpuesto Y ordenó al I.Pro.S.S. para que brinde al amparista el 100% de cobertura de la leche medicamentosa “Nutrilon Pepti Junior HE” para la menor N. T..- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----Para así decidir, el a quo consideró que la cobertura tiene justamente los alcances de un seguro de salud (artículo 2 -inciso \"a\", de la ley 2.753). - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -----En relación al P.M.O., señaló que este Plan funciona en forma enunciativa conformando solamente el piso mínimo a partir del cual se agregan diversas prestaciones que en el marco normativo Constitucional y legislativo (interno e internacional) amparan el derecho a la vida y a la salud como especies del género derechos humanos y que, por lo tanto “en ningún caso ni las prescripciones de dicho Programa ni menos aún los demás agravios propuestos por la demandada pueden estar por sobre la normativa Constitucional y los pactos internacionales que conforman hoy el derecho interno argentino, máxime tratándose del interés de una menor expresamente tutelado por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, como se sabe, dispone que 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, deben atenderse en forma primordial al interés superior del menor.” - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -----Destacó que en los casos en que se encuentran en peligro derechos esenciales como es la salud, deviene improcedente extremar el recaudo del agotamiento de la vía administrativa, conforme ya se ha expuesto en otros antecedentes jurisprudenciales, y “finalmente que ante las disvaliosas condiciones fáctico jurídicas de revista que aquejan a una niña se invoque que ésta carezca formalmente del certificado de discapacidad resulta por completo improcedente, ya que de hecho estamos frente a un supuesto incapacitante con lo cual implícitamente cabe encuadrarla en el plexo legal respectivo”.- - -----Concluyó que “dadas las razones médicas que fueron puestas en conocimiento de la obra social en tiempo propio y de manera debida; que se encuentra en juego la salud y el bienestar de una menor de muy corta de edad que registra una seria patología de base; que la falta de inclusión de la leche reclamada en el PMO no es óbice para su prestación; que se han acreditado sobradamente las condiciones previstas por la interpretación doctrinaria y jurisprudencial para la admisibilidad del amparo, ya que lo determinante es la operatividad del derecho constitucional a la salud (arts.42, 43 CN y 14, 36, 43 y 59 CP) con arreglo a su reglamentación por vía de la legislación específica (23.660, 23.661, 24.901, 25.280, 2055, 3280 y 3467) y su relativización por la obra social; con arreglo a todas tales razones conjunta e intrínsecamente dirimentes, corresponde acceder a la demanda sin otro trámite”.- - - - - - - - - - - - -   
-----A fs. 31/36, el apoderado de la Fiscalía de Estado al fundar el recurso de apelación interpuesto alega que el a quo equipara a la “menor del amparo” con una persona discapacitada. En este sentido manifiesta que no se ajusta a los requisitos previstos por las leyes 24091 y 22431 para ser considerada una persona discapacitada y que, por otro lado, la intolerancia a las proteínas de la leche no constituye per se causal de incapacidad. Enfatiza que tampoco posee certificado de discapacidad, necesario para acreditar tal condición y ello se evidencia en la circunstancia de que no se ha dado intervención en autos al Consejo del Discapacitado.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -----Sostiene que el fallo impugnado es contrario a la normativa del IPROSS, en relación a la cobertura de acuerdo a los alcances de la ley D Nº 2055 y las respectivas resoluciones, con lo cual se ha excedido de manera arbitraria el límite para la prestación que correspondía otorgar.- - - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----Arguye que no se acredita urgencia y gravedad. Destaca el acotado presupuesto de la Obra Social y las necesidades “infinitas” hacen que la Obra Social deba garantizar un espectro de prestaciones para la atención de la salud de afiliados, tratando de lograr un trato equitativo para todos ellos. Aduce que el sentenciante, no obstante la buena fe y su voluntad de alcanzar lo que estima una sentencia “justa”, desconoce que la cuestión gira en torno del funcionamiento racional de un sistema de administración cuyos costos deben preverse y programarse. - - -----Arguye que el fallo ha eliminado lo previsto para el Coseguro a cargo del afiliado dispuesto por la ley K 2753 en su art. 12 y 13. Finalmente, considera necesaria la opinión del Cuerpo Medico Forense.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----A fs. 38/40 vlta, al contestar el traslado conferido el Defensor de Menores e Incapaces, Dr. Manuel Cafferata, señala que se trata de una niña de 1 año y 7 meses que presenta trastorno de salud desde los primeros meses de vida y que por tal razón ha sido internada y sometida a distintos estudios también retaceados por el IPROSS en su oportunidad. Sostiene que siendo la ausencia de certificado de discapacidad el argumento con el cual la Obra Social rechaza la cobertura de la prestación, es un requisito formal necesario para acreditar de manera indubitable una discapacidad, pero no es condición de su existencia. Agrega que ante un caso donde se encuentran en juego los derechos más fundamentales para una persona, referidos a la salud y a la vida, no puede admitirse como defensa válida la falta de agotamiento de la vía administrativa. Finalmente afirma que el recurso no cumple con los requisitos exigidos por el art. 265 del CPCC, limitándose a exponer su discrepancia con la decisión impugnada sin que se realice una critica concreta y razonada de las partes del fallo equivocadas. - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----A fs. 43/54 la Sra. Procuradora General dictamina que el recurso de apelación intentado por el apoderado de Fiscalía de Estado Dr. Roberto Stella, debe ser rechazado, confirmando la sentencia del Juez de amparo. Considera que el intento recursivo no logra conmover el temperamento expuesto en el fallo atacado.-   
-----Sostiene que el argumento de la apelante, Fiscalía de Estado reiterativo de cuestiones ya expuestas con anterioridad- pasa casi estrictamente por reclamar que la niña no merece la protección de la garantía constitucional por el solo motivo de no poseer certificado de discapacidad, como si ello fuera condición de su existencia, como bien lo sostiene el señor Defensor de Menores. - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -  
-----Considera que debe ratificarse el criterio del Juez de amparo, ponderando por sobre cualquier otro interés, el derecho a la salud/vida y el plus de protección que merece esta franja de la población mas vulnerable, tal el caso de los niños y niñas, reconocido a través de garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y distintos antecedentes jurisprudenciales, en base a la Doctrina de la Corte Suprema, que exige la tutela como obligación activa, en pos de garantizar la efectividad y la no interrupción del suministro de prestaciones a la salud en materia de solidaridad y asistencia a las personas.- -----Puntualiza que intentar desentenderse de la situación planteada por el amparista bajo el argumento del “escaso” presupuesto que maneja el I.Pro.S.S. -lo que afectaría la ecuación económica- resulta un argumento ofensivo, deshumanizado y desconocedor de la propia télesis que informa al sistema solidario.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -  
-----En lo atinente a la no inclusión en el PMO, remite al contenido del fallo, el que acuerda con el criterio expuesto por la Procuración General en reiteradas oportunidades, (PG Dictamen Nº 210/08 de fecha 26/11/08, en concordancia STJRNCO Se. Nº 133/08).- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -- - - - -----Señala que tampoco es suficiente sostener con calidad de agravio que el Juez debió darle vista al C.M.F., toda vez que no se ha arrogado el Magistrado de conocimientos de ciencias que les resulten extrañas, sino que falló munido de la información suficiente para exponer su temperamento y decidir.- - - - - - - -----Ahora bien, pasando a resolver el recurso de apelación articulado por el apoderado de la Fiscalía de Estado, adelanto que corresponde el rechazo de la apelación intentada puesto que los agravios no logran conmover los sólidos fundamentos de la sentencia atacada, cuyo memorial se limita a exponer un criterio meramente subjetivo cuya argumentación no resulta suficiente a los fines de modificar aquella.- - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----El progreso de la vía recursiva se encuentra condicionado, toda vez que no se autoabastecen los motivos del recurso y los agravios no pasan de ser meras discrepancias, resultando -por ende- insuficientes para lograr el cometido de revocación que impetran. - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----Como bien señala la Procuración General, el representante del Estado ha soslayado que el sistema de salud integral que la Carta Provincial establece en su art. 59, tiene como norte el completo bienestar psicofísico de los rionegrinos, basado principalmente en la universalidad de la cobertura que 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\". En este marco, el medicamento calidad que reviste la leche especial recetada por el medico pediatra tratante- se enmarca en las prescripciones de esta garantía constitucional, es decir, como un bien social sumado a que se trata de un medicamento asociado a la alimentación de una menor en período de lactancia. De ello, es dable colegir que es el único modo de alimentación que permite a la niña superar su discapacidad alimenticia y lograr su crecimiento y desarrollo.- - - - - - - -   
-----La actualidad del daño y su gravedad, con la consiguiente urgencia de su reparación por esta vía, se desprende de la misma naturaleza del bien afectado (salud/vida de un infante); de modo que argumentar- en el caso- el valladar de la existencia de otra vía hábil (agotando el reclamo administrativamente) hasta se presenta carente del más común sentido. La prioridad del caso quedó plasmada liminarmente, con certeza absoluta en autos, siendo el presente recurso un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional.- - - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----No se alcanza a evidenciar el sentido del recurso de la Fiscalía de Estado, puesto que la urgencia y prioridad del caso quedaron plasmadas en autos, siendo el presente un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional.  
------El art. 43 de nuestra Carta Magna reza: “El juez del amparo ejerce su potestad jurisdiccional sobre todo otro poder o autoridad pública” y la vía recursiva solo está prevista para los supuestos de gravamen irreparable del recurrente; lo que a estar al discurso del memorial no ha sido debidamente expuesto, como tampoco ha sido alegada y mucho menos acreditada, la arbitrariedad o el absurdo.- - - - - - - - - - - - - - - - - -   
-----Compartimos el orden de ideas señalado a fs. 51 párrafo segundo por la Señora Procuradora General en cuanto señala que “..., el medicamento....y desarollo”. En efecto, resulta una cuestión de público y notorio que no necesita hoy del apoyo de la ciencia médica para su aceptación, que la energía vital que los niños de corta edad necesitan a diario para crecer y desarrollarse adecuadamente la obtienen principalmente de la leche. También debe ponderase que existe consenso científico en cuanto a que “adecuada alimentación durante los dos primeros años de vida resulta fundamental para el óptimo crecimiento y desarrollo del niño. A su vez, las pautas alimentarias aprendidas durante estos años sientan las bases para la constitución de los hábitos alimentarios más tarde en la vida del individuo. Dado el rápido crecimiento de los niños, que condiciona elevados requerimientos nutricionales, sumado a una capacidad de ingesta limitada en volumen, esta etapa presenta en sí misma una alta vulnerabilidad nutricional.” (“La alimentación de los niños menores de 2 años - Resultados de la Encuesta Nacional de Nutrición y Salud – ENNyS 2010”, Ministerio de Salud de la Nación,www.msal.gov.ar/promin/publicaciones/pdf/la\_alimentacion\_de\_los\_ninos\_menores\_de\_2\_anos.pdf). Entonces, no puede el Estado -en su caso, a través de la Obra Social provincial- poner reparos en cuanto a asegurar que sus habitantes puedan acceder a la mejor forma de nutrición posible desde sus primeros momentos de vida, máxime en el caso en que la disfuncionalidad con que ha nacido dicha persona obliga a prestarle un especial cuidado al respecto.  
-----En función de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Fiscalía de Estado, Dr. Roberto Stella confirmando la sentencia del Juez del Amparo, con costas. NUESTRO VOTO.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - ----Por ello:  
EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA  
R E S U E L V E:  
Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Fiscalía de Estado doctor Roberto Stella confirmando la sentencia del Juez del Amparo obrante a fs.21/24 vta. de las presentes actuaciones. Con costas (art.68 del CPCyC).- - - - - -   
Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente remítase al Tribunal de origen.- - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - - --  
Constancia: Que no suscribe la presente el Dr.Enrique J.Mansilla por encontrarse en uso de licencia por compensación de feria.- - Fdo.:SERGIO M.BAROTTO JUEZ VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA  
PROTOCOLIZACION: Tº III SE.Nº 181 Fº 1083/1090 SEC.Nº 4.-