

//neral Roca, 6 de diciembre de 2016.-

-----Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "MARTIRENA ANDREA FABIANA C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD-I.PRO.S.S.- y C.P.E de la PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL)" (Expte. N° C-2RO-425-L1-16).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término al Dr. Nelson Walter Peña, quien dijo:

I.- RESULTA: Que a fs. 15/21 se presenta la Sra. Andrea Fabiana Martirena con el patrocinio letrado de los Dres. Matías Gastón Lafuente y Marilí D´Amico, promoviendo acción de amparo contra el Instituto Provincial del Seguro de Salud y el Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro, a fin de que se ordene a tales organismos la inclusión en el Programa de Asistencia Integral previsto por la Ley provincial N° 5059 y a partir de allí se le garanticen los derechos fundamentales protegidos por tal norma.- Asimismo, requiere como medida cautelar innovativa se ordene al Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro que se le permita continuar percibiendo sus haberes en los cargos de maestro de sección y maestro preceptor Jardín Maternal jornada simple en función del derecho que reconoce el art.3, acápite 4 y 5 y art.6 de la Ley provincial 5059.- Refiere que es paciente encuadrada en las disposiciones de la Res. 154/85 del IPROSS desde el 20/07/2007 y que, según surge de su historia clínica, producto del cáncer de mama detectado en el año 2014 debió afrontar una mastectomía -intervención quirúrgica- para lo cual fue necesario interponer una acción de amparo contra el IPROSS para que se le otorgue la cobertura de la reconstrucción mamaria.-

Explica que mediante sentencia del 23/8/2015 el Tribunal actuante ordenó al IPROSS a que arbitre y/o coordine todas las medidas idóneas, concretas y efectivas a los fines de otorgar en forma íntegra la cobertura reclamada, bajo apercibimiento de astreintes. Que a pesar de ello, la demandada incumplió con tal orden, obligándola a tomar un crédito a fin de operarse.-

Luego, que en fecha 20/5/2016 formalizó reclamo administrativo ante el IPROSS para ser incluida en el Programa de Asistencia Integral de la Ley 5059, reconociéndosele tal pedido en fecha 9/6/2016 al sostener la autoridad de aplicación de la ley -IPROSS- que había sido incorporada al programa.-

Destaca que, evidenciando el tortuoso y lento tramitar ante la obra social que ha venido padeciendo, la inclusión en el programa duró muy poco ya que en fecha 19/9/2016 se le notifica mediante nota emitida por el IPROSS el rechazo de la incorporación al Programa de Asistencia Integral de la Ley 5059.-

Explica que tal rechazo encuentra su fuente -según surge de la nota respectiva- en lo dispuesto por la Coordinación General del Departamento de Salud en la Escuela. Sin embargo, continúa, este órgano ninguna participación tiene en la inclusión o no de los pacientes dentro de las previsiones de la ley de referencia.-

Dice que contra ello interpuso formal recurso de revocatoria pero que, al no tener respuesta en tiempo oportuno y en atención al tiempo transcurrido desde el pedido de incorporación al programa -20/05/2016- es que se presenta ante este Tribunal invocando la vía de amparo para que sean restablecidos sus derechos fundamentales, vulnerados por el injustificado rechazo a la incorporación al Programa de Asistencia.

Funda la petición en derecho, invocando al efecto los Tratados con jerarquía constitucional, la Ley Provincial N° 2753, la Constitución de la Provincia de Río Negro en cuyo art.59 reconoce el derecho a la salud y la Ley Provincial N° 5059.-

Destaca que siguiendo la línea proteccionista de las normas invocadas, la legislatura

provincial sancionó a fines del año 2015 la Ley 5059 que creó el programa de asistencia integral de los agentes dependientes del Estado Provincial con diagnóstico de enfermedades neoproliferativas malignas o enfermedades graves con carácter progresivo, que se encuentren atravesando por un estadio de una enfermedad gravemente incapacitante y progresiva.-

Que el art. 2 de dicha ley establece como autoridad de aplicación del Programa al Consejo de Administración del IPROSS, desde donde se articula con todos los organismos del Estado provincial que el trabajador tenga relación.-

Es así que, continúa, la Ley 5059 establece un manto proteccionista del paciente que resulta ser empleado público y que se encuentra afectado por una grave enfermedad. Que la norma establece que acreditada la patología por el paciente y corroborada ella por la autoridad de aplicación -IPROSS- el mismo sea incorporado al Sistema de Protección Integral.-

Sin embargo, explica, en su caso concreto el rechazo de la inclusión al programa tuvo su origen en la intervención de un órgano extraño al previsto por la Ley para su aplicación y es por ello que solicita se le restablezca el derecho vulnerado.-

A los fines de justificar la procedencia de la medida cautelar innovativa desarrolla cada uno de sus requisitos, citando jurisprudencia.

Por último, funda en derecho y ofrece prueba.-

Mediante providencia de fs.22/vta. se dispone requerir informe al Instituto Provincial del Seguro de Salud y al Ministerio de Educación (Coordinación General del Departamento de Salud Escolar) y se hace saber a la amparista que la medida cautelar innovativa peticionada será resuelta en forma conjunta con el planteo principal, atento la naturaleza sumarísima del proceso de amparo.-

A fs.27, la Dirección de Asuntos legales del Ministerio de Educación y Derechos Humanos solicita una ampliación del plazo otorgado, en razón de haber sido tomado por el gremio el edificio donde funciona la sede principal del Ministerio, en el cual se encontraría la información requerida.-

Es así que, previa vista a la amparista, por proveído de fs.84 se amplió en dos días el plazo otorgado al Ministerio, agregándose a fs.88/92 informe de la Coordinadora General del Departamento Salud en la Escuela, del Ministerio de Educación y Derechos Humanos, confiriéndose vista al amparista por proveído de fs.93.

Luego, a fs.97 se presenta la Provincia de Río Negro, mediante letrado apoderado, solicitando ser tenido por parte y a fs. 99 se agrega informe del IPROSS, disponiéndose, previa vista al amparista, a fs.106, el pase de los AUTOS AL ACUERDO para resolver.-

II. CONSIDERANDO: Que resulta principio bien conocido que la apertura de la vía del amparo exige la concurrencia de especiales requisitos de procedibilidad formal y sustancial.-

A saber: la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como la demostración de un daño concreto y grave a derechos o garantías de raigambre supralegal, que sólo pueda ser reparado acudiendo a esta vía urgente y de excepción.-

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:

“..La acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas puede afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede

eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional... (C.S.J.N., octubre 4/1994, in re: Ballesteros Jose s/Acción de Amparo, fallo citado por Gozaíni, Osvaldo Alfredo, El Derecho de Amparo, págs. 8/9).-

Con criterio similar el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia, ha sostenido que "...En punto a la procedencia de la acción de amparo, sabido es que éste es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva (cf. CSJN, H. 90 XXXIV, Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, P. LL 18-05-01, Nro. 102.015)" (STJRNCO.: Se del 29-03-2006, "Sacchetto Patricia s/Acción de Amparo s/Apelación", Expte. 20507/05; y en igual sentido Se. Nº 150 del 28-11-01, "Abecasis Ricardo y Alegre María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. 16.272/01 -STJ-; Se. Nº 151 del 04/12/01, "Garrido Antonio s/Mandamus", Expte. 16.204/01-STJ).- "

Sentadas tales consideraciones generales, cabe analizar la situación aquí planteada. La Ley 5059, en su artículo 1º, crea "...el programa de asistencia integral de los agentes dependientes del Estado provincial, con diagnóstico de enfermedades neoproliferativas malignas o enfermedades graves con carácter progresivo, que se encuentren atravesando por un estadio de una enfermedad gravemente incapacitante y progresiva..."-.

Asimismo, en sus arts. 3, 6, 7 y 8 establece una serie de objetivos y garantías para el trabajador del Estado provincial que se encuentre cursando una enfermedad del tipo de la establecida en el art. 1 y establece en el art. 5 que "...Todos aquellos agentes públicos con diagnóstico de enfermedades neoproliferativas malignas o enfermedades graves con carácter progresivo, pueden solicitar su inclusión en este programa creado en el artículo 1º de la presente, presentándose directamente ante el Instituto Provincial del Seguro de Salud (IPROSS)..."-.

Por último, cabe mencionar, que el art. 2 de la norma analizada establece que "...Es autoridad de aplicación del programa de asistencia integral del paciente con diagnóstico de enfermedades neoproliferativas malignas o enfermedades graves con carácter progresivo, el Consejo de Administración del IPROSS (Instituto Provincial del Seguro de Salud), desde donde se articula con todos los organismos del Estado provincial que el trabajador tenga relación..."-.

De la documental acompañada por la amparista surge que mediante nota dirigida al IPROSS en fecha 20/05/2016, la misma solicitó la inclusión en el programa de asistencia integral creado por la Ley Nº 5059 -vid. fs.6-.-

Luego, mediante nota suscripta por el Equipo Interdisciplinario del "Programa de Asistencia Integral" en el mes de junio del año 2016, se hace saber que la afiliada al IPROSS, Sra. Martirena Andrea Fabiana "...ha sido incorporada al PROGRAMA DE ASISTENCIA INTEGRAL, creado por Intermedio de la Ley Provincial Nº 5059, de los agentes dependientes del Estado Provincial, de enfermedades Neoproliferativas Malignas (...) fundamentada en su diagnóstico, tal como lo acredita en el Resumen de Historia Clínica otorgada por el médico tratante, acompañada de evaluación de Equipo Interdisciplinario del Programa de Asistencia Integral perteneciente a la Obra Social I.PRO.S.S..." (vid. fs.7).-

Es decir, tal como refiere la amparista, en un primer momento fue incluida en el programa de asistencia previsto por la Ley 5059, en función del diagnóstico acreditado mediante el resumen de historia clínica del médico tratante y la evaluación del Equipo Interdisciplinario.-

Sin embargo, según surge de la nota del 15/9/2016 dirigida a la Sra. Martirena (vid. fs.8), el mismo Equipo Interdisciplinario informó a la amparista "...que luego de la Certificación que hiciera la "Junta de Administración" del I.PRO.S.S por vía de excepción, el Ministerio de Educación ha rechazado, mediante Nota N° 265/16 de la Coordinación General del Dpto. de Salud Escolar, la certificación realizada en donde se la incorporaba al Programa de Asistencia Integral de la Ley 5059. Los motivos que se esgrimen y que obran en el expediente de referencia, entre otros argumentos sostiene que dicha enfermedad "no impide realizar tareas educativas"; "la trabajadora no se encontraría atravesando una enfermedad de estadio gravemente incapacitante y progresiva". Esta Junta de Administración ha analizado conjuntamente con la Secretaria General Técnica Dra. Silvia Ocampos, solicitar se actualicen los datos para poder re evaluar la situación mediante Historia Clínica, últimos estudios realizados y plan de tratamiento definido por el especialista tratante..."-.

Asimismo, al contestar el pedido de informe la Coordinación General del Dpto. de Salud en la Escuela del Ministerio de Educación y DDHH, remitió la Nota N° 265/2016 en base a la cual el equipo Interdisciplinario solicitó la actualización de datos para reevaluar el pedido de la amparista.-

Expresó el Área de Salud en aquella nota que: "...con fecha 05/04/16, en el Dictamen de Junta Médica N° 988 se concluye que presenta el diagnóstico (según codificación CIE 10) DE: D059: Carcinoma in situ de la mama, parte no especificada. No constituyendo este diagnóstico en sí mismo como enfermedad que se encuentre atravesando un estadio de una enfermedad gravemente incapacitante y progresiva al momento de la misma; Que en fs. 45 consta la incorporación al Programa, ley 5059, otorgado por el Equipo Interdisciplinario del Programa Asistencia Integral del Ipross firmada por Vocales Gubernamentales, no citando diagnósticos ni estadios de la patología que motivaron la inclusión al mismo, ni indicando tiempos y/o períodos de reevaluaciones; Que en fs.32; fs.33; fs.64 y fs.35, Informes de Junta Médica Provincial con fechas en los meses de mayo, agosto, septiembre y diciembre del año 2015, consta el mismo diagnóstico de: D059; Carcinoma in situ de la mama, parte no especificada..."-.

Asimismo, luego de detallar las constancias del médico oncólogo de cabecera y hacer alusión a una certificación médica del Dr. Piazzoni Luciano que refiere que la amparista presenta "cáncer de mama Estadio I Completó tratamiento oncológico. Continúa en control clínico...", se realizan consideraciones médicas en relación a la enfermedad padecida por la amparista y su estadio y se concluye que "...la docente Martirena Andrea Fabiana (...) no se encontraría atravesando un estadio de una enfermedad gravemente incapacitante y progresiva como lo indica el art.1, Arts. 7 y demás de la Ley 5059..."-.

Por último, se hace saber al Consejo de Administración del IPROSS a quien se dirige la nota, que "...se envía el Expediente a fin de, si así lo consideran, realizar reevaluaciones del caso y/o ampliación de constancias y certificaciones del mismo, a fin de justificar y otorgar los beneficios, si así correspondiera, que la Ley establece..."-.

Por su parte, al contestar el pedido de informe el IPROSS, el mismo refiere que "...Ipross nunca rechazó lo solicitado por la amparista (...)" y que "...no existió de manera concluyente y expresa un rechazo infundado por parte de este instituto al pedido de la amparista. A la afiliada se le solicitó que presente documentación actualizada para evaluar su situación (Historia clínica, últimos estudios realizados y plan de tratamiento definido por el especialista tratante). Sin la documentación que le fuera solicitada no es posible reevaluar lo solicitado. Esta obra social se encuentra a la espera de que la afiliada entregue la documentación correspondiente para dar inicio de manera inmediata a la tramitación de su requerimiento..."-.

Surge de lo hasta aquí expuesto que la amparista fue incluida por el Consejo de Administración del I.PRO.S.S. en el Programa de Asistencia Integral previsto por la Ley 5059, es decir, por la Autoridad de Aplicación correspondiente de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2 de la mencionada norma.

Que contra dicha decisión la Coordinación General del Departamento de Salud Escolar del Ministerio de Educación mediante Nota N° 265/2016 realizó observaciones, considerando que la dolencia padecida por la amparista no encuadraba dentro de las patologías incluidas en el programa de asistencia integral. Y por ello, remitió el expediente al Consejo de Administración del IPROSS a fin de que -si así lo estimara- reevaluara el caso y/o se solicitara ampliación de constancias y certificaciones con el objetivo de justificar y otorgar los beneficios si así correspondiera.

En base a lo sugerido, el Equipo Interdisciplinario del Programa de Asistencia Integral del IPROSS por nota de fecha 15/9/2016 informó al amparista sobre las observaciones realizadas por el Ministerio de Educación y solicitó a ésta que actualizara los datos -Historia Clínica, últimos estudios realizados y plan de tratamiento definitivo por el especialista tratante- a los fines de re evaluar su situación (fs. 8).

Como podrá observarse, la Autoridad de Aplicación, es decir, el Consejo de Administración del IPROSS, nunca resolvió dejar sin efecto lo que había resuelto en junio de 2.016 (vid. fs. 7), es esto, la incorporación de la amparista al Programa de Asistencia Integral.

En este punto se equivoca la amparista cuando sostiene que el IPROSS por nota de fecha 19 de septiembre de 2.016 la notificó del rechazo de la incorporación al Programa de Asistencia Integral de la Ley 5059. Ello es incorrecto, pues tal como se señaló, la decisión del Consejo de Administración del IPROSS de incorporarla a dicho programa, nunca fue modificada ni dejada sin efecto, además que el Ministerio de Educación no tiene competencia para tomar una medida al respecto.

Por su parte, desde otro lado, el informe del IPROSS obrante de fs. 99, resulta sumamente ambiguo. Por un lado, omite olímpicamente informar al Tribunal respecto de la decisión adoptada por el Consejo de Administración del IPROSS en junio de 2.016 (vid. fs. 7), esto es, la incorporación de la amparista al Programa de Asistencia Integral de la Ley 5059. Y además, si bien afirma que nunca existió un rechazo expreso y concluyente y que sin la documentación que le fuera solicitada no es posible reevaluar la situación, pareciera ser que está a la espera de la documentación "...para dar inicio de manera inmediata a la tramitación de su requerimiento...", cuando en realidad el beneficio ya está otorgado -desde junio/16- y la documentación solicitada es a los fines de reevaluar la situación.

En consecuencia, habiendo sido la actora incorporada al Programa de Asistencia Integral de la Ley 5059 por la Autoridad de Aplicación a partir de junio de 2.016 y no habiendo dispuesto ninguna modificación al respecto hasta la fecha, la petición de la amparista de inclusión en dicho Programa resulta abstracta.

Sin perjuicio de ello, no surgiendo de autos que se esté cumpliendo efectivamente con la garantía laboral prevista en el artículo 6 de la ley 5059, corresponde ordenar al Consejo Provincial de Educación a que dé cumplimiento con la garantía en cuestión.

Tal Mi VOTO.

Los Dres. Paula Inés Bisogni y José Luis Rodríguez, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto y por mayoría, la CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, SALA I, CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD, RESUELVE:

I. Ordenar al Consejo Provincial de Educación a dar cumplimiento con la garantía laboral prevista por el art. 6 de la Ley 5059, con efecto retroactivo a partir de su inclusión en el Programa regulado por dicha ley (junio/16), debiendo efectivizar la misma conjuntamente

con la próxima liquidación de haberes.

II. Costas en el orden causado (art. 25 L.P.L. P N° 1504), a cuyo fin se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes, Dr. Matias G. LAFUENTE en la suma de \$ 4.160 y Dra. Betsabé Marilí D´AMICO en la suma de \$ 4.160 (M.B.: Indeterminado, regulación por el mínimo legal de diez ius -art. 37 Ley G 2212). Dejando constancia que para las mensuraciones arancelarias se ha tenido en cuenta la tarea efectivamente desarrollada, complejidad, tiempo, etapas cumplidas mérito, éxito de la misma y demás pautas dosificadoras del arancel (arts. 6, 7, 11, 37, 38, 40, y 48 L.A. G 2212).-

III. Regístrese, notifíquese, y cúmplase con Ley 869.-

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces Dres. José Luis Rodríguez, Nelson Walter Peña y Paula I. Bisogni, por ante mí que certifico.-

Dr. José Luis Rodríguez
Vocal de Trámite Sala I

Dr. Nelson Walter Peña Dra. Paula I. Bisogni
Vocal de Sala I Vocal de Sala I

Ante mi: Dra. María Magdalena Tartaglia
-Secretaria subrogante-