

San Carlos de Bariloche, 26 de marzo de 2019.-

--- VISTOS: Los autos caratulados "S.M. C/ SWISS MEDICAL S.A. S/ AMPARO (I)?" Expte. N° D199C2/19; y

--- CONSIDERANDO:

--- 1) Que a fs. 9/14 vta. el Sr. M. S, con el patrocinio letrado de la Dra. Gladys Adriana Mehdi y del Dr. Julián Alberto Pacheco, interpone acción de amparo contra la empresa de medicina prepaga "SWISS MEDICAL S.A.", a fin de solicitar se ordene que procedan a su re-afiliación en los términos y condiciones detentados antes de la rescisión contractual y, en consecuencia, brindar la cobertura total e integral de todos los estudios, procedimientos y medicamentos antirretrovirales futuros que necesita para el tratamiento del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).-

--- Relata que el día 6 de febrero de 2019 solicitó ante la requerida una prestación de atención médica para la continuidad de la medicación que necesita y ésta fue rechazada en función de su baja como afiliado (cf. fs. 2), destacando que nunca fue notificado al respecto.-

--- Enfatiza que SWISS MEDICAL S.A. incumplió con el procedimiento normado por el artículo 9 de la ley 26.682 y su decreto reglamentario, que exige que, en forma previa a la rescisión del contrato con el usuario y ante la falta de pago de tres cuotas consecutivas, se comuniquen fehacientemente al afiliado la constitución en mora e intime a la regularización dentro del término de diez (10) días.-

--- Precisa que la empresa de medicina prepaga aludida jamás notificó, por medio alguno, la posibilidad de que opere la rescisión contractual, remarcando que incluso la requerida aceptó con normalidad el pago efectuado el día 21 de enero de 2019 (fs. 8), sin haber efectuado reserva alguna.-

--- Expresa que, luego de tomar conocimiento de la baja de la cobertura, concurrió personalmente a la sede de SWISS MEDICAL S.A., donde tuvo que completar y suscribir una nueva planilla de re-afiliación, encontrándose su reincorporación supeditada a una nueva evaluación médica.-

--- Cuestiona dicha re-evaluación, máxime si se tiene en cuenta su necesidad imperiosa de contar con la medicación antirretroviral denominada "GENVOYA" de por vida, ello conforme lo indica a fs. 3 su médico infectólogo tratante, Dr. Carlos M. Barclay, a fs. 3, quien prescribió que el tratamiento no debe ser interrumpido.-

--- Sostiene que el incumplimiento por parte de SWISS MEDICAL S.A. de la obligación legal de cobertura lesiona gravemente su salud e integridad, entendiéndose que

la demandada no ha obrado de buena fe al rescindir el contrato de afiliación, sobretodo cuando él, en su carácter de afiliado, abonó oportunamente la cuota adeudada y nunca fue notificado sobre la resolución de la baja de cobertura.-

--- Por último, solicita medida cautelar a los fines de evitar se afecte su derecho a la salud y ofrece prueba.-

--- 2) Conferido el correspondiente traslado y pedido de informes, a fs. 38/46 el letrado apoderado de SWISS MEDICAL S.A., Dr. Miguel Colombres, solicita el rechazo de la acción con costas.-

--- Relata que el accionante se encontraba afiliado a su mandante desde el mes de diciembre de 2013, en forma directa y como titular, bajo el plan médico asistencial denominado "SMG30" (socio n° 248087/01) y, destaca que a partir del mes de octubre de 2018 dejó de abonar las cuotas correspondientes al plan asistencial aludido.-

--- Precisa que el actor adeudaba tres (3) cuotas consecutivas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018 por un total de \$ 16.069 (con gastos) y fue debido a dicha mora que su mandante rescindió el contrato de afiliación.-

--- Plantea que además el afiliado eludió informar que el pago efectuado en el mes de enero de 2019 era totalmente extemporáneo, ya que no se correspondía con el vencimiento de una cuota mensual, sino que el actor se encontraba en mora desde hace tres meses atrás, situación que era conocida por éste.-

--- Afirma que SWISS MEDICAL S.A. ya no tiene obligación alguna respecto al otorgamiento de prestación médica a favor del actor, reiterando que quedó resuelto el vínculo contractual debido a la mora en que éste se encontraba incurso, lo cual fue reconocido por el propio actor con la prueba documental acompañada.-

--- Niega que su parte hubiera omitido intimar al accionante al pago de la deuda mantenida entre ellos, acompañando a fs. 37 una copia de la Carta Documento OCA n° REE90592882, enviada al afiliado el día 17/12/2018 -al domicilio sito en la calle Iberá 1999 (2 5) de la ciudad autónoma de Buenos Aires- y señala que se le otorgó un plazo de diez (10) días para regularizar la situación conforme lo establece la ley de rigor.-

--- Considera que el propio actor puso en peligro su salud y vida al no haber asumido durante 3 meses consecutivos su obligación de pago de las cuotas mensuales.-

--- Agrega que el Reglamento de la empresa de medicina prepaga prevé que la mora se producirá por la falta de pago de una cuota (la del mes en curso) y que ante la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o alternadas, se resolverá el contrato; lo que aconteció en autos.-

--- Por último, sostiene que es el Estado Nacional el último garante de la salud de todos los habitantes y no su mandante que es una empresa privada de salud, por lo cual el actor puede recurrir a los efectores públicos de salud para recibir la atención médica que necesita.-

--- 3) A fs. 63/65 los letrados patrocinantes del accionante contestan el traslado conferido, desconociendo la documental agregada por SWISS MEDICAL S.A. y en particular el Reglamento General de contratación acompañado, toda vez que nunca le fue entregado al amparista.-

--- Asimismo, desconocen la Carta Documento agregada a fs. 37 y 41 de fecha 17 de diciembre de 2018, al no haber sido recepcionada en momento alguno por el amparista en su domicilio actual.-

--- Sostienen que la accionada no puede alegar desconocer que el afiliado tiene actualmente su domicilio y residencia en la ciudad de El Bolsón, ya que estaba en conocimiento del cambio de radicación por lo menos desde el mes de agosto de 2017 conforme surge de la ficha de notificación del diagnóstico de la enfermedad que efectuó el Dr. Barclay (fs. 53/56), de la historia clínica del Sanatorio San Carlos (fs. 57/60) y de las constancias mensuales de retiro de la medicación en una Farmacia de la ciudad de San Carlos de Bariloche.-

--- Además, advierten que todos los meses el amparista era llamado telefónicamente por la obra social para confirmar el envío de los medicamentos y la dirección de recepción.-

--- Por último, plantean que SWISS MEDICAL S.A. percibió los importes que dice se encuentran adeudados, sin que el afiliado haya recibido intimación alguna al respecto, señalando que si la baja de cobertura se hubiese efectuado tal como describe la requerida, ésta debió rechazar que opere el pago de la cuota en el mes de enero de 2019. Precisan que el amparista abonó con fecha 6 de febrero de 2019 (incluido el mes de enero del corriente) la suma de \$ 20.988.-

--- 4) Ingresando al análisis del caso planteado en autos, se advierte que el conflicto gira fundamentalmente en torno a si discutir la rescisión del contrato de afiliación del amparista con la requerida SWISS MEDICAL S.A. se ajustó al procedimiento establecido en el artículo 9 de la ley 26.682 previsto ante una eventual morosidad detectada en el pago de las cuotas del plan de medicina prepaga contratado por el afiliado.-

--- De manera que, ante la forma en que la cuestión es traída a esta sede judicial, se impone decidir si la baja de la afiliación llevada adelante por SWISS MEDICAL S.A.

conforma el obrar que por manifiestamente arbitrario o ilegítimo, sería lesivo de derechos de la máxima jerarquía, en el marco de la urgencia requerida para habilitar la procedencia de la especialísima vía escogida.-

--- Dicho ello y advirtiéndose la existencia de identidad de objeto entre la medida cautelar solicitada a fs. 13 y vta. y la pretensión principal de la presente acción (cf. fs. 14 vta.), entendemos que a los fines de evitar incurrir en demoras innecesarias que pudiesen afectar los derechos que aquí se encuentran en juego, corresponde proceder al análisis y solución del fondo del planteo y evaluar si concurren en el caso los presupuestos para declarar la procedencia de la vía intentada (cf. STJRNS4 Au. 14/14 "BERARDI") y con el grado de actualidad que es exigido a esta altura del proceso.-

--- Sabido es que la acción de amparo 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 del daño concreto y grave ocasionado, que 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, LL.18-05-01, N° 102.015; STJRNS4 Se. 23/15 "GUAJARDO").-

---Ello es así, porque la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especiales en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se presentan de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna (cf. Se. 181/16 "SALINARDI"), cuestiones que se encuentran acreditadas en estas actuaciones.-

--- Al respecto, es dable señalar que de las constancias obrantes en autos surge que el Sr. M.S. se encuentra afiliado al plan "SMG30" de SWISS MEDICAL S.A. desde el mes de diciembre de 2013, bajo el número de socio 800006-0248087-01-0041 (cf. carnet de afiliación de fs. 16); destacándose que el día 27 de marzo de 2017 fue diagnosticado como portador del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y se encuentra bajo tratamiento con esquema antirretroviral ("GENVOYA", cf. fs. 3).-

--- Sentado ello y lo que aquí importa, es que si bien ambas partes son contestes en que la génesis de la rescisión contractual obedece a que el amparista adeudaba tres (3) cuotas consecutivas correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de

2018 por un total de \$ 16.069 (con gastos), lo cierto es que el amparista denuncia una situación de arbitrariedad por parte de la empresa de medicina prepaga al no haber incumplido el procedimiento previsto en el artículo 9 de la ley 26.682.-

--- En relación a este punto, advertimos que de las constancias obrantes en autos no surge claramente que SWISS MEDICAL S.A. haya cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 9 de la ley n° 26.682, que establece: "Rescisión. Los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación. Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días". (el subrayado nos pertenece

--- Nótese que surge de la Carta Documento OCA n° REE90592882 de fs. 37, enviada por SWISS MEDICAL S.A. a su afiliado el día 17/12/2018, que fue remitida a un domicilio sito en la calle Iberá 1999 (2 5) de la ciudad autónoma de Buenos Aires, cuando el accionante enfermo ha demostrado que actualmente reside en la ciudad de El Bolsón.-

--- Es por ello que coincidimos con los representantes de la parte actora cuando señalan que la accionada no puede alegar desconocer que el afiliado reside en la ciudad de El Bolsón, ya que estaba en conocimiento del cambio de radicación por lo menos desde el mes de agosto de 2017 conforme surge de la ficha de notificación del diagnóstico de la enfermedad que efectuó el Dr. Barclay (fs. 53/56), de la historia clínica del Sanatorio San Carlos (fs. 57/60) y de las constancias mensuales de retiro de la medicación en una Farmacia de la ciudad de San Carlos de Bariloche.-

--- En función de ello, consideramos que no se encuentra debidamente acreditado en autos que la empresa de medicina prepaga haya intimado adecuadamente al amparista en su domicilio de residencia por la falta de pago de las cuotas cuestionadas y por ende, informando respecto a la baja de su cobertura.-

--- Por lo tanto, al reparar en estas circunstancias sumado a que de la documental obrante a fs. 7 se advierte que la amparista canceló la totalidad de la deuda, es posible

concluir que a priori no se han configurado en el caso las causales de morosidad establecidas en el artículo 9º de la ley de la ley 26.682.-

--- Tenemos presente que, si bien el Superior Tribunal de Justicia ha dicho que no procede la acción de amparo cuando la cuestión propuesta al Tribunal reviste carácter debatible, que amerita un análisis en un contexto procesal distinto, en tanto no se trate de una pura restricción a un derecho constitucional (v.gr. "a la salud"), sino de la correcta interpretación de derechos y obligaciones de carácter patrimonial entre los afiliados y la institución prestadora de servicios (cf. STJRNS4 Se. 196/15 ?VEDOYA?), lo cierto es que en el supuesto sub examine se presentan particularidades que lo distinguen claramente de la línea doctrinal referida, resultando en cambio aplicables las consideraciones formuladas por el Máximo Tribunal Provincial en los precedentes "CASTAÑEDA" y "VAQUER" (STJRNS4 Se. 113/16 y Se. 153/16 respectivamente).-

--- Precisamente, en el sublite el actor demostró que requiere seguir un tratamiento médico riguroso, de forma ininterrumpida y de por vida, para mantenerse saludable conforme lo prescripto por su médico tratante a fs. 3, derivando de ello la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud y el bienestar psicofísico del amparista, quedando garantizado desde el bloque de legalidad constitucional el derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida.-

--- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el derecho a la vida - que incluye a la salud- es el primer derecho de la persona garantizado por la Constitución Nacional y por tratados internacionales y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores -en particular, los de carácter patrimonial- tienen siempre carácter instrumental (Fallos 323:3229 y 324:3569). Es decir, la accionada funda su derecho en normas de jerarquía inferior cuya aplicación invoca con prescindencia de las concretas circunstancias del caso y de sus consecuencias lesivas respecto de derechos garantizados por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional), sin haber demostrado siquiera que el mantenimiento de la afiliación afecte de algún modo el equilibrio patrimonial de la relación (cf. STJRNS4 Se. 169/14 ?CHANDÍA?).-

--- A su vez, el Máximo Tribunal Federal ha sostenido que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social

con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (C. 595. XLI; RHE; Cambiaso Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas, 28/08/2007, T. 330, P. 3725; STJRNS4 Se. 106/12 "ARBETMAN? y Se. 169/14 ?CHANDÍA?)-

--- A mayor abundamiento, el Alto Tribunal Nacional tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental (Fallos: 323:3229; 325:292).-

--- Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó las obligaciones internacionales del Estado derivadas del derecho a la vida, integridad y salud, respecto de personas que viven con VIH/SIDA bajo su jurisdicción. Específicamente, en relación al artículo 25.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, señaló que dicha norma contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Aclaró que dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. Y concluyó que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (cf. CIDH, caso "Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala", consid

--- Por consiguiente, el caso debe resolverse a la luz del principio rector que en materia de salud ha fijado nuestra Carta Magna Provincial, como a las previsiones del art. 43 de la Constitución Provincial y de la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia en su interpretación y aplicación.-

---En autos, ha quedado demostrado que SWISS MEDICAL S.A. no aportó elementos suficientes para cuestionar la procedencia del presente amparo, limitándose la requerida a esgrimir cuestiones formales, circunstancias que ponen en peligro el derecho a la salud de su afiliado ante el riesgo de que el rigor de las formas pueda conducir a la

frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, tales como la salud y la vida (cf. CSJN doctrina de Fallos:327:3127).-

--- En todo caso la interpretación de la cláusula contractual a la que aludiera la requerida deberá ser una cuestión a debatir en un juicio de conocimiento posterior, pero promovido por la prestadora de salud para poder justificar esa decisión tan extrema de excluir de toda cobertura y desafiliar a una persona enferma (STJRNS4 Se. 54/17 "VIGLIANCO", Se. 135/17 "FERNANDEZ" y Se. 174/17 "CORDI").-

--- Por otro lado y ya respecto al reclamo de cobertura de medicamentos futuros, repárese que pese a que no correspondería conceder prestaciones indeterminadas que aún no han sido prescriptas por el profesional médico porque ello constituiría un avasallamiento a la seguridad jurídica (cf. STJRNS4 Se. 148/17 "CANAVESE") en el caso de autos no aparece como un exceso de jurisdicción la exigencia de provisión de la cobertura reclamada -anteriormente autorizada- ante la necesidad de continuidad de un tratamiento integral para el VIH que tiene buena respuesta según el médico tratante (cf. STJRNS4 Se. 28/18 "JUAREZ" y Se. 101/18 "MARIN").-

--- Repárese que el Superior Tribunal de Justicia ha señalado reiteradamente que resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente. Las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante (cf. STJRNS4 Se. 42/15 "SCHWERTER", Se. 125/16 "PEREZ" y GREGO" y Se. 28/18 "JUAREZ").-

---El Máximo Tribunal Provincial ha expresado reiteradamente que el médico tratante es el especialista en quien la persona enferma ha confiado ese control de calidad, siendo el llamado a determinar si su paciente realmente necesita un tratamiento o intervención quirúrgica determinada, con qué grado de urgencia y en qué estadio de su desarrollo.

---En conflictos de esta naturaleza -entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud-, corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa con relación a la confiabilidad de lo que indica a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza (cf. STJRNS4 Se. 42/15 "SCHWERTER" y Se. 125/16 "PEREZ", entre otros).-

--- Como corolario de lo expuesto, consideramos que la arbitrariedad e ilegalidad del obrar de la empresa de medicina prepaga surge de manera evidente, advirtiéndose la necesidad de proceder con urgencia a la reafiliación del Sr. M. S. en los términos y condiciones detentados antes de la rescisión contractual (socio n° 248087/01) y, en

consecuencia, brindar la cobertura total e integral de todos los estudios, procedimientos y medicamentos antirretrovirales que necesita para el tratamiento del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), conforme la prescripción de sus médicos tratantes; circunstancias que hacen que, de esta manera, se encuentren cumplidos todos los requisitos exigidos para la procedencia de este tipo de remedio extraordinario.-

--- 5) Por todo lo expuesto, la Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

--- I) HACER LUGAR a la acción de amparo interpuesta, ordenando a SWISS MEDICAL S.A. que arbitre los medios pertinentes a los fines de proceder de manera inmediata a la reafiliación del amparista y otorgue la cobertura total e integral de todos los estudios, procedimientos y medicamentos antirretrovirales que necesita para el tratamiento del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), conforme la prescripción de sus médicos tratantes. Todo bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias.-

--- II) CON COSTAS a cargo de la condenada, REGULÁNDOSE los honorarios de los letrados patrocinantes del amparista, Dra. Gladys Adriana Mehdi y del Dr. Julián Alberto Pacheco, en conjunto y partes iguales, en la suma de \$ 24.195.- (15 JUS) y los del apoderado de la requerida, Dr. Miguel Colombres, en la suma de 16.130.- (10 JUS). Dichos honorarios deberán ser abonados en el término de 10 (diez) días de notificada la presente, con más el IVA en caso de corresponder. Todo ello conforme arts. 6, 9 y ccs. de la L.A.-

--- III) DISPONER la notificación a las partes por Secretaría, registro y protocolización de la presente.-

Fdo. digitalmente: Dra. Alejandra M. Paolino - Juez de Cámara - Dres. Jorge A. Serra y Carlos M. Rinaldis - Jueces de Cámara.-