

///MA, 20 de septiembre de 2016.-

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Enrique J. MANSILLA, Adriana C. ZARATIEGUI, Sergio M. BAROTTO, Ricardo A. APCARIÁN y Liliana L. PICCININI con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "GORTAN, IVANA GABRIELA C/ SWISS MEDICAL GROUP S.A. Y OTRO S/ AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° 28249/15 -STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal, en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 109 y fundado a fs. 116/124 y vta. por el representante de SWISS MEDICAL S.A. y a fs. 135 y fundado a fs. 141/146 y vta. por la apoderada de la Fiscalía de Estado contra la sentencia dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones n° 21 de la 2° Circunscripción Provincial, Doctora Paola Santarelli, obrante a fs. 96/104, que hizo lugar al amparo interpuesto por la Sra. Ivana Gabriela Gortán, quien tiene diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante, ordenando a Swiss Medical SA y al Instituto Provincial de Seguro de Salud que cubran el 100% de los gastos que implique el estudio "ONCOTYPE de TACO 182551".

Para así decidir la magistrada expresó que correspondía que ellas asumieran la responsabilidad mancomunada aportando en partes iguales el costo de la prestación requerida, atento la normativa nacional y supranacional aplicable al caso, señalando que las entidades médicas no deben acudir a interpretaciones restrictivas de las normas tendientes a garantizar el derecho a la salud.

La Jueza de amparo además consideró el dictamen del Cuerpo Médico Forense de fs. 81/83 y 85/86 vta., donde el Dr. Ismael Handam señala que es aceptable el pedido realizado al solicitarse el estudio de la prueba diagnóstica, resultando una estrategia terapéutica adecuada para el caso particular, ante el fracaso de otros tratamientos y/o medicamentos alternativos.

A fs. 116/124 vta. la empresa de medicina prepaga "Swiss Medical S.A." se agravia -en lo sustancial- al sostener que la sentencia establece una cobertura que supera las

obligaciones convencionales asumidas con la afiliada, desatendiendo el contrato que vincula a las partes.

Indica que el estudio no se encuentra incluido en el Programa Médico Obligatorio el que tampoco ha sido tachado de inconstitucional.

Agrega que la obligación de cubrir riesgos que no se han calculado en la cuota correspondiente al plan de salud de la afiliada quebranta la ecuación financiera en la que se sustenta el sistema de medicina prepaga poniendo en riesgo al resto de los afiliados, afectándose además el principio de seguridad jurídica.

Por su parte, a fs. 141/146 y vta. la representante de la Fiscalía de Estado alega que si bien la normativa vigente garantiza el 100 % de cobertura para pacientes oncológicos, lo cierto es que el otorgamiento de prestaciones excepcionales quedan sujetos a la resolución de la Junta de Administración de dicho organismo (Res.154/85).

Reitera lo ya expuesto ante la Jueza de grado en cuanto a que el estudio petitionado no se encuentra incluido en las prácticas cubiertas por el Instituto en tanto aun no han concluido los ensayos clínicos que permitan evaluar su eficacia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 153/159 la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano, dictamina que se deben rechazar los recursos de apelación interpuestos, confirmándose el fallo impugnado.

Sostiene que las recurrentes no han realizado una exhaustiva crítica, concreta y razonada de las partes de la sentencia que consideran equivocadas, puesto que se han limitado a reiterar y reeditar cuestiones ya introducidas al contestar los informes requeridos.

Expresa que del análisis de la situación planteada en autos surge que lo resuelto por la Jueza del amparo posee la fundamentación suficiente para otorgar viabilidad a la acción, toda vez que ha prodigado, de modo razonado y legal, al derecho a la salud el resguardo proteccional constitucionalmente garantizado (art. 200 de la Constitución Provincial), sin que los motivos expuestos en el recurso alcancen para conmover la justicia del fallo.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Ingresando al análisis de los agravios expuestos adelante que no cuentan con chances para prosperar, puesto que los argumentos esgrimidos no resultan suficientes a los fines de demostrar las deficiencias de la sentencia que se ataca.

Es preciso señalar que 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 sin el debido desarrollo argumental que permita demostrar el hipotético yerro en que habría incurrido la Jueza del amparo.

Este Cuerpo ha expresado reiteradamente que pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 141/14 “CEBALLOS”, entre otros).

Dicha carga resulta incumplida al no lograr conmover con los intentos recursivos el temperamento expuesto en el fallo atacado, el cual se encuentra fundado en la protección consagrada al derecho a la vida y a la salud -cf. el artículo 59 de la Constitución Provincial-.

En este sentido tengo presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reparado en la importancia del derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro el derecho a la vida- y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. Además declaró el Tribunal que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doctrina de Fallos: 321:1684, 323:1339 y 327:3127).

En el sub examine se encuentra acreditada la necesidad de la amparista de realizar el estudio oncológico, sin que los recurrentes hayan arrimado argumentos científicos o probanza alguna que demuestren que aquella prescripción del galeno tratante y del Cuerpo Médico Forense, resulte errónea o injustificada. De allí la razonabilidad y suficiencia del decisorio.

En el caso de autos estamos ante una persona con antecedentes de tuberculosis, anemia, quiste ovárico, alergia a la penicilina, con antecedentes familiares de cáncer de mama y diagnóstico de carcinoma de mama multifocal lobulillar infiltrante, más múltiples focos de cáncer intraductal, operada de mastectomía más ganglio centinela en febrero de 2014.

De las constancias de autos surge claramente que la amparista ha recibido múltiples tratamientos. Específicamente a fs.85/86 y vta. el galeno del Cuerpo Médico Forense los

describe e indica que el estudio de la prueba diagnóstica del test ONCOTYPE DX evita el sobre-tratamiento de la paciente con una quimioterapia innecesaria que tiene severos efectos adversos como la alteración del aspecto físico, cicatrices, anemia por reducción de glóbulos rojos, neutropenia por reducción de glóbulos blancos, llagas, cansancio y decaimiento y un aumento en los gastos en los tratamientos.

Como bien señala la Procuración General la magistrada ha considerado específicamente la pericia antes aludida, en la que se deja en claro que atento el diagnóstico de la paciente y al estadio de la enfermedad corresponde atender a lo indicado por la médica tratante (Dra. Romina Yapur) al solicitar el estudio de la prueba diagnóstica para su posterior tratamiento, resultando una estrategia terapéutica adecuada para el caso particular ante el fracaso de otros tratamientos y medicamentos alternativos.

Este Tribunal también ha señalado que el médico tratante es el especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar qué control y qué periodicidad necesita su paciente de acuerdo a la patología que padece. En conflictos de esta naturaleza 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.147/13 “VALLEJOS”, Se. 10/15 “RIMOLI” y Se. 42/15 “SCHWERTER”, entre otros).

Por último, es dable recordar que el programa médico obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (piso prestacional), que no puede derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas (primer derecho de la persona garantizado por la constitución nacional y tratados internacionales), valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (CSJ, fallos 323:3229 y 324:3569).

DECISORIO

Por todo lo expuesto, corresponde el rechazo de los recursos de apelación interpuestos en autos. Con costas. (cf. art. 68 del Cód .Proc. Civ. y Com.).

MI VOTO.

La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI dijo:

Adhiero al voto y solución propiciada por el señor Juez preopinante.

MI VOTO

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo :

He de adherir a la solución propuesta en el voto ponente del Dr. Enrique J. Mansilla, cuyos fundamentos comparto. Y agrego.

En primer lugar, hago notar que “Oncotype DX es una prueba diagnóstica que permite determinar el riesgo de recurrencia en ciertos tipos de cáncer de mama y el grado de efectividad que tendría la quimioterapia (Q/T) y/o hormonoterapia para tratar la enfermedad ... este test promete evitar que se realicen tratamientos innecesarios, lo que implica una mejor calidad de vida de la afectada y menos costos para el sistema sanitario.” (cf. Informe Pericial de fs. 85/86 y vta.).

De dicho señalamiento científico pueden extraerse, según lo veo, las siguientes conclusiones que tienen influencia para decidir en la forma propuesta:

1.- La realización de aquella práctica permitiría precisar el tipo de tratamiento o terapia que debería recibir la enferma al posibilitar el descartar otras, lo cual, como se señala en la transcripta pericia, optimizaría la ecuación de costos de los efectores de salud involucrados.

Si a lo dicho se une que el costo actual del test no aparece como exorbitante, de acuerdo a la determinación de su monto en dinero efectuada por la Sra. Juez del amparo (fs. 100 vta párrafo segundo) y que dicho gasto deberá ser soportado -según la sentencia en crisis- en partes iguales por las dos obras sociales accionadas, estimo equivocada la postura negatoria de aquellas en cuanto a la realización del mismo en tanto, reitero, su existencia puede conllevar a “...un tratamiento a medida del paciente..” (cf. fs. 86 párrafo segundo), evitándose así gastos en prácticas innecesarias o inconducentes.

2.- El derecho a la salud abarca la denominada calidad de vida del enfermo. Al respecto he sostenido antes de ahora, por ejemplo, que “Surge ... que el Tribunal del amparo hizo lugar al mismo ordenando a la obra social a que provea una bomba continua de insulina con conectividad, La decisión respecto a la cuestión de fondo ha sido correcta en tanto quedó acreditado en autos que la necesidad de contar con tal equipamiento se debe al precario estado de salud del amparista, tratándose de evitar mayores complicaciones provocadas por una enfermedad que padece el actor desde los cinco años de edad, con recurrentes secuelas que deterioran su organismo y limitan su calidad de vida.” (STJRNS4 Se. 10/15, “R., F. C/ UPCN S/ INCIDENTE (I) S/ APELACIÓN”, Expte. N° 27444/14-S.T.J., 19.02.15).

Considero que en el caso particular de autos es de total evidencia que hace a la calidad de vida de la paciente oncológica el no ser sometida a terapias que no tengan efectividad respecto del tipo de cáncer que sufre. Y el test Oncotype, como se señala en la prueba pericial obrante en la causa, posibilita adoptar decisiones médicas en tal sentido.

En segundo lugar, en relación al principal agravio esgrimido especialmente por Swiss

Médical -imposición de una cobertura en exceso de obligaciones legales y contractuales asumidas por dicha empresa de medicina prepaga-, es dable reiterar aquella jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en casos similares al de autos -por la entidad y gravedad de la dolencia padecida por el amparista- ha señalado que “Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y el someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal. -Del dictamen de la Procuración General, al que la Corte remite-” (pronunciamiento del 29.04.2014 en Expte. D. 254. XLVII. REX, T. 337 P. 471).

En similar sentido ha indicado el más Alto Tribunal judicial del país que “La sentencia que veda al amparista el acceso a una terapéutica más moderna y segura -tratamiento quirúrgico de aneurisma de aorta con endoprótesis- por no estar incluida en el PMO, desnaturaliza el régimen de la salud, dejando sin cobertura una grave necesidad cuando existe riesgo de vida, y debe ser dejada sin efecto (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).” (Corte Suprema de Justicia de la Nación 29/04/2014 D., D. F. c. C.E.M.I.C. -Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas "Norberto Quirno"- s/ amparo, ED 258 , 381 LA LEY 19/08/2014 , 5 LA LEY 2014- D , 587 LA LEY 09/09/2014 , 4 con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas LA LEY 2014-E , 266, AR/JUR/11456/2014).

En tercer lugar, estimo que debe descartarse la aplicación en la especie de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita la Fiscalía de Estado a fs. 143 vta./145 según la cual y desde la óptica de la recurrente, los jueces no podrían agregar nuevas prácticas médicas a los catálogos respectivos aprobados por la autoridad de Salud dependiente del Poder Ejecutivo (local o federal, según sea el caso).

Así, el pronunciamiento traído en su beneficio por la apelante mencionada se apoya en la interpretación y alcance que debe asignarse al Decreto N° 956/2013 del Poder Ejecutivo de la Nación que, reglamentando la Ley N° 26862 -tendiente garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida-, tuvo como objeto la normatización del acceso a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho a

tener hijos biológicos y, entonces, la plataforma fáctica de dicho caso es tan diferente a la de autos -por ello no la reseño y a ella me remito-, que la comparación y aplicación pretendidas son improcedentes. Soy de la idea que para emplear ciertos principios generales o paradigmas extrapolados de un pronunciamiento jurisdiccional debe existir entre el caso utilizado como precedente y aquél en el que se tiene que decidir una mínima afinidad o semejanza fáctica o, lo que es lo mismo, no deben existir diferencias sustanciales entre una y otra base de hechos.

Hago notar, a modo de ejemplo de lo antes dicho, que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reclamo por diferencias salariales derivadas de la indebida retención de aportes con destino al fondo compensador, si alteró el objeto de la pretensión y adoptó una solución que resulta extraña al conflicto, al apoyarse en un criterio jurisprudencial adoptado en una causa que no guardaba analogía con la presente.” (Fallos: 315:2679).

Con profundidad conceptual y sobre este tópico se señala desde la doctrina que “Las características de singularidad y de referencia a los hechos del caso asignadas al precedente dan la posibilidad de diferenciarlas con la tendencia a generar nueva abstracción de los conceptos expresados en la ley. La relación entre los hechos del caso y la decisión, como pauta para resolver nuevos conflictos es coherente con la tendencia a la preservación; a la búsqueda de soluciones por intermedio de la reproducción de respuestas concretas brindadas en el pasado. La seguridad proviene de considerar que ante hechos similares la solución será idéntica.”

“Por el contrario en el derecho argentino hay una tendencia a desentenderse de los hechos del caso y a asignar relevancia a las abstracciones que con mayor o menor atingencia son formuladas en la decisión a la que se le asigna cierto valor persuasivo. Se extraen de una determinada decisión judicial las reglas generales sin importar la correspondencia con lo efectivamente discutido. El contraste entre el sentido del precedente desde su singularidad en la decisión de un caso concreto y el concepto de jurisprudencia como el concepto jurídico con alguna relación con la ley, repetido por los tribunales ha sido claramente destacado por CARRIÓ en cuanto a su incidencia sobre el comportamiento de jueces y abogados en Argentina. Sostiene que en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, para la solución del problema o del caso que tenemos a examen...Claro está que ese no es un defecto imputable a nuestros jueces y juristas. Es imputable a las creencias que se

encuentran a la base de nuestro sistema jurídico, el sistema propio de la Europa Continental. Esas creencias asignan una importancia excesiva al papel del legislador y, paralelamente, oscurecen el de los jueces... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance. Otro modo de razonamiento, más apegado a las modalidades propias del complejo fáctico que se tiene a la vista, se nos antoja cosa un tanto pedestre, tarea casuista, empresa de poco vuelo.”

“El modo de actuar descripto por CARRIÓ es parte de una tradición jurídica con lazos muy fuertes con Argentina. Así nociones como jurisprudencia (Argentina), *súmula da jurisprudencia* (Brasil), tesis jurídicas (México), doctrina probable (Colombia), doctrina legal (España) y máximas (Italia) son manifestaciones de una tendencia a considerar relevante el concepto o la nueva regla, que intenta brindar claridad sobre un problema abstracto de interpretación, con independencia de los hechos de la causa. La falta de reflexión y examen del material fáctico hace que la fuerza persuasiva disminuya. Al carecer de identidad, la aplicación del nuevo criterio o regla jurisprudencial tendrá un menor anclaje en la situación previamente resuelta y perderá valor persuasivo para casos futuros. La ausencia de una analogía directa entre el conflicto y la sustancia de la decisión hace que ella se debilite al no tener un anclaje en la situación concreta a decidir.” (cfme. Eduardo Oteiza, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, www.aadproc.org.ar/pdfs/Panel%20V%20Oteiza.pdf, con frases destacadas por el firmante).

Por último, me veo en la necesidad de hacer notar la diferencia entre el caso de autos y la postura que el suscripto adoptase en “VEDOYA DE RINALDIS” (STJRNS4 Se. N°196/15), respecto del tratamiento de controversias de orden contractual dentro de un proceso particular como el aquí en tratamiento, en tanto se indicó allí, con cita de precedentes de este mismo Cuerpo, que siempre que el objeto perseguido en la demanda remita necesariamente al análisis de las obligaciones y derechos que surgen de una convención y al marco en que ésta ha sido celebrada, no es precisamente el recurso de amparo el ámbito ordinario y natural para su debate y resolución y que admitir lo contrario supone autorizar el amparo como la forma habitual para corregir lo que eventualmente debe ser examinado por otro sendero procesal o legal (cf. STJRNS4 Se. 6/04; “TSCHERIG” Se.118/06; “QUINTANA” ; Se. 169/14 “CHANDIA AMABLE”; Se. 156/15 “SUAREZ”).

En aquella oportunidad se pretendía debatir y dilucidar, en un amparo, cuestiones tales como la interpretación que correspondería asignar a una cláusula contractual del derecho privado, en virtud de la cual una empresa de medicina prepaga había rescindido el vínculo convencional estipulado con su co-contratante; si en una declaración jurada adjudicada a la amparista había existido falsedad o reticencia; si de parte de la actora había existido un eventual obrar doloso; si la enfermedad que padecía la accionante comenzó con anterioridad a la contratación de la prepaga, aspectos respecto de los cuales había quedado constituida la litis respectiva, que resultan ser asuntos que requerían de prueba -ineludiblemente-, y que, entonces, se situaban en forma evidente, por fuera de las posibilidades de actuación de un juez de amparo.

Por el contrario, en autos la precitada complejidad de hechos/prueba/derecho no se presenta y, por lo tanto, es procedente el amparo cuando se advierta de modo manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas reconocidos constitucionalmente, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a otros procedimientos ordinarios, ya sean administrativos o judiciales. Asimismo, debe tenerse presente al aquí resolver que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doctrina de Fallos:327:3127) (cfme. mi voto in re "SCHWERTER SANDOVAL, CLAUDIA JANET C/U.P. (UNION PERSONAL) S/AMPARO (e-s) S/APELACION" Expte. N° 27.590/15 -S.T.J.-).

MI VOTO

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN y la señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI, dijeron:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.). ASI VOTAMOS

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar los recursos de apelación interpuestos a fs. 109 y fundado a fs. 116/124 y vta. por el representante de SWISS MEDICAL S.A. y a fs. 135 y fundado a fs. 141/146 y vta. por la apoderada de la Fiscalía de Estado contra la sentencia dictada

por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones n° 21 de la 2° Circunscripción Provincial, Doctora Paola Santarelli, obrante a fs. 96/104, por las razones dadas. Con costas (art.68 del Cód.Proc.Civ. y Com.).

Segundo: Regular los honorarios profesionales de los doctores Guido Poma Borghelli, Julian Amelung y Rodrigo Scianca en el 25% de los emolumentos fijados en la instancia anterior (art.15 Ley G N° 2212).

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen.

Jueces Firmantes: MANSILLA -ZARATIEGUI-BAROTTO -APCARIÁN (en abstención)-PICCININI (en abstención). ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA-SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION

Tomo II

Sentencia N° 105

Folio N°345/350

Secretaria N° 4