

///MA, 24 de agosto de 2016.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. BAROTTO, Ricardo A. APCARIÁN, Adriana C. ZARATIEGUI, Enrique J. MANSILLA y Liliana L. PICCININI y con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "CAVA, LORENA C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 28572/16 -S.T.J.-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos.

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 54/62 por el apoderado de la Organización de Servicios Directos Empresarios -OSDE-, Dr. Pablo González, contra la sentencia dictada por los Jueces de la Cámara del Trabajo de la III Circunscripción Judicial con sede en la ciudad de San Carlos de Bariloche obrante a fs. 46/52, que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. Lorena Cava, condenando a la empresa de salud a que autorice y cubra en forma total e integral el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante, Dr. Juan Manuel Bonina, en los términos de la ley n° 26.862 y en el plazo de 10 días de notificada.

Para así decidir el Tribunal a-quo sostuvo que de las constancias de autos surge que la amparista con su pareja padecen de un cuadro de esterilidad secundaria con deficiencia ovocitaria por falla ovárica y azoospermia, de modo tal que requieren someterse a un tratamiento a través de técnicas de fertilización asistida de alta complejidad.

Merituó que la empresa de medicina prepaga al contestar el informe requerido en autos ha reconocido que en un primer momento autorizó la cobertura en un 100 % del tratamiento aludido en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) aunque posteriormente la revocó para autorizar su realización con prestadores contratados en la Ciudad de Buenos Aires.

Consideró que son improcedentes los argumentos de OSDE relativos a un supuesto plazo de validez de 30 días de la autorización otorgada y a su caducidad por falta de su utilización dentro de ese término, toda vez que siendo -en su momento- el Centro

Médico Fertility Patagonia prestador de la prepaga entendió que entre ambas partes se estipularon las pautas y formas de trabajo.

Destacó que la desvinculación de OSDE con el Centro Médico Fertility Patagonia no puede oponerse a la afiliada como fundamento de la revocación de la autorización conferida, argumentando que si se consintiese una nueva cobertura en centros de medicina ubicados en la ciudad de Buenos Aires ello implicaría que la amparista deba tratarse con un nuevo equipo de médicos que desconocen su historia clínica, debiendo realizar nuevamente los estudios correspondientes con la consecuente necesidad de tener que viajar en varias oportunidades hasta allí, cuando la pareja reside en la Ciudad de San Carlos de Bariloche.

A fs. 54/62 el recurrente se agravia al considerar que existe una falta de presupuesto para la procedencia de la acción puesto que OSDE garantizó la cobertura integral del tratamiento y nunca se negó a brindarlo, sin que su conducta pueda ser calificada como arbitraria o ilegal.

Alega que no existe contradicción con la ley n° 26.862 puesto que OSDE comunicó que cumpliría con la cobertura integral en un centro especializado sito en la Ciudad de Buenos Aires -con pasajes y estadía-, aclarando que el centro médico Fertility Patagonia en la actualidad ya no se encuentra en su cartilla de prestadores.

Sostiene que existe una intromisión indebida -a través del fallo recurrido- en las decisiones científicas y comerciales inherentes a OSDE puesto que entiende que ésta tiene el derecho constitucional de elegir a los prestadores con los que cumplirá su obligación contractual, configurándose un antecedente de restricción a libertades y derechos individuales reconocidos en la Constitución Nacional al desnaturalizarse el sistema de medicina prepaga.

Subraya que la ley 26.862 no prevé que el paciente pueda elegir libremente el médico y/o institución para realizar el tratamiento, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por las Obras Sociales para la atención de sus afiliados.

Enfatiza que la afiliada no se presentó a la consulta de inicio para comenzar con el tratamiento en el plazo de validez de la orden sino que lo hizo a los 60 días posteriores a su autorización cuando ya OSDE había cambiado de prestador.

Rechaza que un nuevo equipo médico pueda causarle algún inconveniente a la amparista puesto que ella ya tiene experiencia y conoce bien el tratamiento, sumado a que debería realizar un único viaje a la Ciudad de Buenos Aires y que todos los gastos

están a cargo de la empresa de medicina prepaga.

A fs. 77/83 la abogada patrocinante de la actora contesta el traslado del memorial y solicita se rechace el recurso de apelación incoado debido a su falta de fundamentación puesto que el caso fue resuelto a la luz de la normativa local, nacional e internacional y con la inteligencia que acuerdan las normas del derecho.

Sostiene que la amparista eligió al profesional de la cartilla -Dr. Juan Manuel Bonina de Fertility Patagonia- ya que era un ginecólogo especialista en reproducción asistida, subrayando que inició todos los estudios y exámenes médicos con aquel y a través de OSDE, generándose un vínculo de confianza.

Expresa que el hecho de la desvinculación del Centro Médico Fertility Patagonia en forma intempestiva no puede ser opuesto a la afiliada como fundamento de la revocación de la autorización conferida.

Considera que OSDE no puede invocar la falta de conocimientos científicos y técnicos del Centro de Medicina Reproductiva Fertility Patagonia puesto que éste fue por varios años su prestador y dicha manifestación implicaría alegar su propia torpeza.

Concluye que en la sentencia impugnada se ha analizado profundamente la implicancia que tendría para la amparista que ella deba tratarse con un nuevo equipo de médicos que no conocen su historial clínico, la realización de nuevos estudios y la consecuente necesidad de tener que viajar en varias oportunidades a la Ciudad de Buenos Aires, sobre todo por tratarse de un procedimiento médico altamente invasivo que requiere de una confianza extrema entre el médico y el paciente.

A fs. 93 la amparista ratifica la gestión realizada por su letrada patrocinante en autos.

A fs. 102 obra una certificación realizada el día 28 de junio de 2016 por Secretaria informando que comunicado telefónicamente con la abogada patrocinante de la amparista ésta confirmó que se ha comenzado a ejecutar el fallo al haber procedido OSDE a autorizar los estudios previos al procedimiento de fertilización asistida en el Centro de Reproducción Fertility Patagonia sito en la Ciudad de San Carlos de Bariloche.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 104/108 y vta. la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano dictamina que debe rechazarse el recurso impetrado, confirmándose la sentencia de amparo. Realiza un breve racconto de la normativa nacional y provincial que regula la materia (leyes n° 28.673 y n° 26.862, el decreto reglamentario n° 956/13 y la ley R n° 4557).

Considera que una variación motivada en circunstancias externas -administrativas- no puede ser utilizada en perjuicio del afiliado y remarca que la amparista inició el proceso de estudio, análisis y diagnóstico previos al tratamiento con el Dr. Bonina en el Centro de Reproducción Fertility Patagonia sito en la Ciudad de San Carlos de Bariloche, convirtiéndose así en su médico tratante, motivada por el hecho de haber sido ofrecido el servicio por OSDE dado que se encontraba en la cartilla que se le proporcionó y no por una elección antojadiza.

Destaca que dicha práctica fue debidamente autorizada (fs. 10) y que, según manifiesta la actora, recién al momento de concurrir al turno para ser medicada se le informó respecto a la negativa de OSDE.

Opina que, si bien es cierto que la requerida no ha negado expresamente la cobertura integral, el cambio unilateral pretendido sujeta y condiciona el derecho de la amparista a decisiones comerciales, demostrándose así una clara forma de obstaculizar el ejercicio de derechos y garantías constitucionales.

Sostiene que la modalidad de la prestación -en cuanto a las fechas de inicio de los tratamientos, divididos en turnos agrupados cuatro veces al año y otorgados en función de ello, no puede alegarse desconocida al momento de la primera autorización realizada, máxime cuando Fertility Patagonia integraba la cartilla de prestadores, agregando que por tal motivo entiende que tampoco es oponible a la amparista la circunstancia de no haber dado inicio al tratamiento dentro del lapso de treinta (30) días de validez de la orden -datada en el mes de mayo- siendo que su turno correspondía al grupo de agosto.

Enfatiza que la decisión de OSDE es arbitraria en el entendimiento de que ante un tema de gran sensibilidad e impacto emocional para quienes se encuentran imposibilitados de procrear la mentada relación médico tratante-paciente genera un vínculo de gran confianza el cual no puede ser alterado de forma arbitraria.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, señala una serie de irregularidades advertidas tanto en el decisorio de la presente causa como en la totalidad del proceso, las cuales exceden las invocadas por los apelantes mereciendo su tratamiento de oficio en cuanto al efecto devolutivo en la concesión del recurso y la demora en la tramitación de la causa.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO.

Pasando a considerar el recurso intentado por el apoderado de OSDE, en coincidencia con el criterio de la Procuración General, se advierte que el mismo no tiene chances de prosperar. Doy razones.

En primer término corresponde recordar que pesa sobre el apelante la carga de efectuar

una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que estima equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, así como también la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 36/14 “MENDEZ” y Se. 16/16 “DA SILVA”, entre otros); circunstancias éstas que no se configuran en autos.

Los agravios de la empresa de medicina prepaga -OSDE- no resultan suficientes a fin de ilustrar acerca del hipotético error en que podría haber incurrido el Tribunal a-quo. Repárese que su apoderado básicamente alega que el Centro Médico Fertility Patagonia sito en la Ciudad de San Carlos de Bariloche en la actualidad ya no se encuentra en su cartilla de prestadores y que por este motivo el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad reclamado en autos deberá ser realizado en un centro especializado en la Ciudad de Buenos Aires.

Justamente a la luz de las constancias obrantes en autos se advierte que el planteo antes señalado resulta arbitrario e improcedente. Nótese que de la prueba documental de fs. 4/10 surge con claridad que la amparista y su pareja ya habían iniciado los estudios y exámenes médicos con el Dr. Juan Manuel Bonina del Centro de Medicina Reproductiva Fertility Patagonia, con quien mantuvieron una entrevista y solicitaron un presupuesto, incluso mucho antes de la revocación unilateral de la autorización de la práctica efectuada por la empresa de medicina prepaga (cf. fs. 12).

Es así que los argumentos desplegados por el apoderado de OSDE no han desvirtuado la entidad de las razones brindadas por el aquo, máxime si se considera las implicancias disvaliosas que ello tendría para la pareja al verse obligados a trasladarse a la Ciudad de Buenos Aires cuando ellos residen en la Ciudad de San Carlos de Bariloche, comunidad donde también se encuentra ubicada Fertility Patagonia.

En ese contexto tampoco resultaría adecuado ni aconsejable que la amparista y su pareja deban comenzar desde el inicio con la realización de todos los estudios médicos prescriptos para lograr ser padres y con un nuevo equipo de profesionales, sobretodo por tratarse de un procedimiento altamente invasivo, de gran impacto emocional, que requiere de una confianza extrema entre el médico tratante y el paciente, familiaridad y seguridad que se advierte que han logrado con el Dr. Bonina del centro médico aludido. Cuestión que atenta contra la voluntad de la paciente que ha prestado su consentimiento y depositado su confianza en la clínica referida, conforme surge de la documental obrante en autos.

Tal como lo afirma la sentencia en crisis tampoco pueden aceptarse válidamente los argumentos de OSDE relativos a un supuesto plazo de validez de 30 días de la autorización otorgada y a su caducidad por falta de su utilización dentro de ese término, debido a que la modalidad de la prestación -en cuanto a las fechas de inicio de los tratamientos, divididos en turnos agrupados cuatro veces al año y otorgados en función de ello- no puede alegarse desconocida al momento de la primera autorización realizada, máxime cuando Fertility Patagonia integraba la cartilla de prestadores.

En lo que respecta a la salud y la vida de las personas, las entidades de medicina prepaga no deben ampararse en interpretaciones restrictivas de las normas destinadas a reglamentar este derecho. Por lo que les asiste razón a la amparista en el hecho de que la desvinculación del Centro Médico Fertility Patagonia con la empresa de medicina prepaga no se les puede ser opuesto como fundamento de la revocación de la autorización conferida.

Bajo esta tesitura, como bien lo sostiene el aquo, una variación motivada en circunstancias administrativas como acontece en el caso de autos- no puede ser utilizada en perjuicio de la afiliada.

Observo que la apelante tampoco instó la producción de la prueba pericial ni aportó fundamentos científicos o elementos objetivos de juicio que refuten lo sostenido por la amparista pese a que cuestiona la ausencia de fundamentos científicos en la sentencia en crisis.

Por lo expuesto, corresponde rechazar también los agravios referidos a estos puntos. Todo ello, sin perjuicio de considerar que el proceso de amparo no es el adecuado para la dilucidación de cuestiones que -como la planteada en autos por OSDE- requieren un ámbito de mayor debate y prueba, tales como pericias médicas; en la medida que no se encuentre directamente en juego la protección de una garantía constitucional (cf. STJRNS4 Se.16/16 “DA SILVA”).

En lo que aquí importa, en el caso de autos ha quedado acreditada la imposibilidad de procrear sin asistencia y de ello deriva la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud y el bienestar psicofísico de la amparista y de su pareja, 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 y a procrear.

Lo cierto es que en el caso sub-examine resultan aplicables las consideraciones formuladas por este Superior Tribunal de Justicia en el precedente “LAPLANE” (STJRNS4 Se. 104/13), reiteradas en “FRESCO” (STJRNS4 Se. 111/14) y en

“SANCHEZ” (STJRNS4 Se.67/15).

Considero que resulta razonable y fundada la decisión del Tribunal de amparo para lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones. Máxime, teniendo en consideración la incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales, en los instrumentos internacionales, en precedentes jurisprudenciales, y en la ley nacional 26.862, su decreto reglamentario y la ley R n° 4557 (Reconocimiento del derecho a la descendencia y Encuadramiento en derechos sexuales y reproductivos).

Así las cosas y teniendo en cuenta que las obras sociales e incluso las empresas de medicina prepaga -cuya actividad presenta rasgos mercantiles- en tanto tienden a proteger garantías como la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren un compromiso social con sus afiliados (Fallos: 325:676; 328:4747, cf. STJRNS4 Se. 141/15 “GIANBARTOLOMEI”).

Precisamente prevalecen entre otros los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de igual rango (art. 75 inc. 22), "los [...] de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud".

En consecuencia, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, deben rechazarse los agravios vertidos al respecto.

Por último, me remito a las consideraciones efectuadas por la Procuración General en lo referido a las desprolijidades relativas al trámite prodigado por el Tribunal a-quo a las presentes actuaciones respecto al extenso tiempo transcurrido desde que la acción fue incoada hasta el dictado de la sentencia en crisis y la posterior elevación del recurso a este Cuerpo para su resolución, las que doy por reproducidas por razones de brevedad; correspondiendo formular un llamado de atención a los fines de evitar que la situación planteada se repita en lo sucesivo. Máxime cuando idéntica advertencia fue efectuada respecto a dicho Tribunal en los autos “ABDALA” (cf. STJRNS4 Se. 67/16).

DECISORIO

En función de lo expuesto, corresponde: 1) Rechazar el recurso de apelación incoado; con costas (cf. art. 68 CPCC); 2) Llamar la atención a la Cámara del Trabajo de la III Circunscripción Judicial con sede en la Ciudad de San Carlos de Bariloche, por las circunstancias señaladas en los considerandos.

MI VOTO.

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN dijo:

Disiento con la solución propiciada por el Juez de primer voto.

Según lo entiendo corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar el pronunciamiento puesto en crisis, dado que la recurrente no ha colocado a la salud de la afiliada en un estado de riesgo ni ha cercenado injustificadamente el derecho constitucional de protección a su salud que ameritara la procedencia de la acción de amparo.

En efecto, de las constancias de autos surge que la demandada no negó la cobertura del tratamiento de fertilización asistida, ni tampoco ha asumido una conducta arbitraria o ilegal que habilite la procedencia del amparo.

Corresponde recordar que la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto y preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías.

De esta manera, constituye el amparo un proceso excepcional que exige, para su apertura, 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. 150/01 "ABECASIS"; Se. 23/15 "GUAJARDO").

En orden a lo expuesto, advierto que el tribunal a-quo no ha efectuado un correcto análisis de los recaudos imprescindibles que otorgan marco de viabilidad a esta acción. Esto es, la invocación de un derecho indiscutible, cierto y preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías.

En el sub examine surge de las constancias agregadas al expediente que OSDE ha ofrecido la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida en un centro especializado en la ciudad de Buenos Aires, incluyendo de pasajes y estadía, sin contradecir la ley 26.862.

Ello así, pues el agravio que trae la recurrente no radica en la prestación en sí misma, la

cual admite y ofrece de modo integral, sino en quién debe efectuar la prestación, dado que la actora desea que la práctica la efectúe quien ya no es prestador de la empresa, pretensión que es resistida por ésta aduciendo que cuenta con galenos que efectúan dicha práctica en la ciudad de Buenos Aires.

Si bien es cierto que toda persona tiene derecho al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva, en modo alguno la actora -al interponer el amparo- ha cuestionado la idoneidad de los prestadores de la accionada, y solo ha petitionado que OSDE cubra el tratamiento en el centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) elegido por ellos. Repárese que de la legislación referida no se desprende que deban modificar sus sistemas de prestación sino que deben incluir -conforme la modalidad de su prestación- las prácticas establecidas por la ley; pretender lo contrario sin fundamentos relevantes- implicaría lisa y llanamente su alteración. . Sumado a ello, en el caso no se ha denunciado que los prestadores ofrecidos por la requerida sean inidóneos.

De tal modo, corresponde afirmar la inexistencia de arbitrariedad cuando la obra social limita su respuesta y razonablemente su cobertura a las obligaciones, responsabilidades, y límites, que surgen de su estatutos o del contrato, lo que sella la suerte del amparo. Adviértase, a mayor abundamiento, que asiste razón a la recurrente en cuanto señala que la amparista no se presentó a la consulta de inicio para comenzar con el tratamiento en el plazo de validez de la orden, sino que lo hizo casi a los 60 días posteriores a la autorización, y en tal fecha OSDE había cambiado de prestador.

Desde mi punto de vista, el cambio de prestador para el tratamiento en cuestión no implica a priori una contradicción con la ley 26.862 ni un acto manifiestamente ilegal o arbitrario, en atención a que la cobertura en la ciudad de Buenos Aires estaba informada y garantizada, incluyendo costos de traslado y estadía. Menos aún considerando que por Nota de fecha del 3 de agosto de 2015 se informó a los amparistas que la autorización N° 3000099703 había caducado el día 18 de junio de 2015, agregando que el Centro de Medicina Reproductiva de Bariloche (Fertility Patagonia) no se encontraba en la cartilla de prestadores de OSDE.

En función de lo expuesto y no reuniéndose en autos las circunstancias extraordinarias que habilitan la excepcional vía del amparo ya descriptas más arriba-, corresponde hacer lugar a la apelación y revocar la sentencia obrante a fs. 46/52 rechazando la acción de amparo interpuesta. Con costas (art. 68 CPCyC)

MI VOTO.

La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI y el señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA, dijeron:

Adherimos al voto y solución propuesta por el señor Juez de primer voto doctor S.M.Barotto.

ASI VOTAMOS.

La señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI, dijo:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art.39 L.O.).

ASI 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 incoado a fs. 54/62 por el apoderado de la Organización de Servicios Directos Empresarios -OSDE-, Dr. Pablo González, contra la sentencia dictada por los Jueces de la Cámara del Trabajo de la III Circunscripción Judicial con sede en la ciudad de San Carlos de Bariloche obrante a fs. 46/52, con costas (cf. art. 68 CPCC).

Segundo: Llamar la atención a la Cámara del Trabajo de la III Circunscripción Judicial con sede en la Ciudad de San Carlos de Bariloche, por las circunstancias señaladas en los considerandos.

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

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

PROTOCOLIZACION:

Tomo II

Sentencia N° 83

Folio 272/277

Secretaria N° 4