

San Carlos de Bariloche, 28 de septiembre de 2017.-

--- VISTOS: Los autos caratulados "SANDOVAL, LAURA GRACIELA C/ SWISS MEDICAL GROUP S.A. S/ AMPARO (I)" Expte. N° D94C2/17; y

--- CONSIDERANDO:

---1) Que a fs. 28/34 se presenta la Sra. LAURA GRACIELA SANDOVAL por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. M. Mercedes Lasmartres, interponiendo acción de amparo a fin que se condene a SWISS MEDICAL GROUP S.A. a cubrir íntegramente la continuidad del tratamiento de su enfermedad (esclerosis múltiple) con su médica tratante Dra. M. Laura Saladino (Instituto INEBA) sito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme las indicaciones de su médico de cabecera en esta ciudad.-

---Sostiene que siendo afiliada a la obra social Swiss Medical, en octubre de 2011 el Dr. Raul Lucacchini (neurocirujano) le diagnosticó "esclerosis múltiple"; para lo cual se solicitó la derivación al Dr. Cristiano, especialista en esa enfermedad en el Hospital Italiano en la ciudad de Buenos Aires. Ante dicho pedido la demandada rechazó el médico indicado y derivó a la amparista a la Dra. Maria Laura Saladino que atiende en el Instituto de Neurociencias Buenos Aires (INEBA).-

---Precisa que con los estudios y tratamiento que indicó la Dra. Saladino se ha logrado estabilizar la enfermedad mediante medicación (Copaxone x 40mg) entre otras medidas paliativas, indicadas por dicha profesional; con la cual desde el año 2012 mantiene contacto y el seguimiento correspondiente, en conjunto con su médico de cabecera Dr. Jorge M. Oliwa, neurocirujano que la atiende en esta ciudad. Gracias a ello expresa que su enfermedad se ha mantenido en niveles estables permitiéndole realizar una vida normal.-

---Sostiene que en el año 2016 comenzó a tener otros síntomas (molestias en el oído derecho, mareos, descomposturas, hormigueo en el lado derecho del rostro) que resultaron ser más frecuentes. Consultado con el Dr. Oliwa y tras evaluar las últimas resonancias y la sintomatología clínica, solicitó una derivación al Instituto INEBA para ser atendida por la Dra. Saladino, profesional tratante desde el año 2012. A dicha solicitud la demandada le ha negado la derivación a Buenos Aires, pretendiendo que concurra a la ciudad de Neuquén para consultar al Dr. Juan Carlos Cormenzana, neurólogo pero no especializado en Esclerosis Múltiple.

---Ante la negativa de Swiss Medical a derivarla a Buenos Aires, presentó una solicitud formal el 17/08/17 (que adjunta a fs. 22/24) exigiendo la derivación para ser atendida

por la Dra. Saladino en el Instituto INEBA, señalando además que ésta última profesional se encuentra en la cartilla de médicos de la accionada.-

---Sostiene finalmente que la negativa de la demandada determina una conducta arbitraria pues la Dra. Saladino es la profesional indicada por la misma prepaga al inicio de su enfermedad, quien se encuentra incluida en su cartilla de prestadores y en definitiva es la profesional que ha diagnosticado su grave afección y acompañado su evolución, atento su especialidad en Esclerosis Múltiple.-

---Fundamenta en derecho, cita jurisprudencia, se expone pormenorizadamente en el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción intentada y ofrece prueba.-

---2.- Al contestar el informe requerido por el art. 43 de la Constitución Provincial conforme providencia de fs. 35, se presenta el Dr. Miguel Colombres, apoderado de SWISS MEDICAL S.A. (conforme acredita a fs. 57/63) y contesta cuestionando la vía intentada, fundamentado en que el accionar de su mandante no puede calificarse que en modo alguno se le ha negado cobertura, pues ha ofrecido la atención médica de la amparista con el Dr. Carlos Cormenzana, neurólogo que atiende en la ciudad de Neuquén.-

---Señala que conforme la documental acompañada por la amparista hay una re-evaluación de su enfermedad por un posible diagnóstico diferente, con lo cual no se encuentra justificado una derivación a la Dra. Saladino; pues ésta profesional indica estudios y no un tratamiento concreto o específico.-

---Asimismo reseña que la amparista no acredita que la atención médica que pueda recibir de parte del Dr. Cormenzana resulte inadecuada o insuficiente. Que tampoco aporta prueba o elemento concreto del cual pueda inferirse que dicho profesional no cuente con la experiencia o capacidad para abordar las patologías de la actora; pues que la Dra. Saladino la haya atendido y sea especialista en esclerosis múltiple, no implica que sea la única profesional que pueda atenderla en el país.-

---Finalmente, señala que la atención de la amparista en la ciudad de Neuquén rendirá en beneficio de la misma, atento la menor distancia desde su domicilio comparando su pedido de traslado a Buenos Aires. Por ello sostiene que no existe ni se ha vertido ningún fundamento jurídico ni médico que sustente la acción de autos; existiendo otras vías idóneas para la pretensión de la amparista.-

---3- Corrido el traslado pertinente a la amparista de la presentación efectuada por la empresa de medicina prepaga, el cual fuera contestado a fs. 63.-

---Habiendo quedado integrado el Tribunal a fs. 66 y notificadas las partes mediante

cédulas y el Sr. Juez Subrogante en su público despacho se colocaron los presentes autos para dictar la presente resolución.-

---4)DECISION:

---Tal como han quedado planteadas las cuestiones en autos, cabe analizar si la posición asumida por SWISS MEDICAL GROUP S.A. es legítima y justificada y si ha respondido en debida forma a las obligaciones que le caben de conformidad a la normativa vigente.-

---Toda vez que la decisión de este Tribunal debe adecuarse al criterio ya establecido en la materia por el Superior Tribunal de Justicia, corresponde también reiterar lo expuesto por el mismo en autos "Huusman, Diana s/Amparo s/Apelación" (Expte. N° 20369/05-STJ-Se. N° 43/06) y en autos "Cigliutti, Susana Mabel s/Amparo s/Apelación" (Expte. n° 21342/06-STJ-Se. N° 87/06). Allí se sostuvo que el instituto excepcional y urgente del art. 43 de la C.P., más aún en relación a una situación tan particular en que están comprometidos los derechos a la salud, viene mereciendo un criterio amplio de interpretación y aplicación del S.T.J., pero siempre en orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso (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; STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ Se. N° 151 del 4-12-01, "GARRIDO, Antonio s/Mandamus", Expte. N° 16204/01-STJ-).

---En este contexto, conceptualizando al amparo como una acción expedita y rápida que procede contra todo acto u omisión proveniente de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos amparados por la Constitución, un tratado o una ley, se ha sostenido, con criterio que compartimos que "el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que, por carecer de otras vías 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, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces" (conf. CSJN, 15-7-97, "García Santillan c/ ANSES", cit. en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, t. 4, pág. 387), agregándose que tanto "la arbitrariedad e ilegalidad tienen que resultar de manera visible, manifiesta: en forma clara, patente, indudable, inequívoca, notoria, ostensible" (SCJBA, 6-10-98, "Rodríguez

Liliana", ob. y pág. cit.)-.

---Atento la naturaleza del planteo a decisión, cabe señalar que la vía excepcional del amparo resulta formalmente procedente toda vez que no existe otro medio para tutelar en forma más rápida y efectiva la salud y la vida de la amparista. Conforme la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el amparo se trata de "un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, existe un peligro actual o potencial de la protección de derechos fundamentales" (Fallos: 331:563), que "tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible (...) para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud" (Fallos: 329:2552). Asimismo y "cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, 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" (Fallos: 329:4918; 331:563, entre muchos otros). Más aún, se ha dicho que "la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física" (Fallos: 330:4647).

---El derecho cuya protección se persigue por medio de esta acción de amparo, en el caso que SWISS MEDICAL GROUP S.A. se haga cargo del traslado de la Sra. Sandoval a la ciudad de Buenos Aires para ser atendida por la Dra. Saladino, se refiere directamente a la salud e integridad física de la amparista (conf. C.S.J.N., Fallos 302:1284). Que tales derechos, a la salud y a la integridad física, así como su necesario correlato constituido por el derecho a la vida, revisten una evidente naturaleza supra legal, toda vez que su consagración en el ordenamiento positivo emerge de las normas constitucionales de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 59 de la Constitución Local; de los arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12 incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 23.313), Tratados internacionales estos dos últimos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), Convención sobre Derechos del Niño (ley 23.840) y leyes 26.061 (arts. 8; 9 y 14) y 4.109 (arts. 12 y 21).

---Asimismo, a los efectos de la dilucidación de las cuestiones debatidas en autos, se debe tener presente que ya el Superior Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión en "MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN", Se. 133/08, diciendo que: "El art. 59 de la Constitución Provincial

establece: 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. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación... Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica".

---Se entiende entonces que la amparista debe ser considerada incluida entre las personas de ésta específica protección, desde el momento que se encuentra en juego su prosecución de vida y la calidad de la misma, en idénticas condiciones que otros ciudadanos.-

---A la luz de lo expuesto, y en base a la normativa enunciada, la empresa de medicina prepaga accionada no puede "como principio" desatender las necesidades de su afiliada, pues de un análisis de las constancias acompañadas y conforme la legislación y jurisprudencia vigente cabe adelantar un pronunciamiento favorable a la acción de amparo deducida en autos, ello en función de las obligaciones de cobertura que las empresas de medicina prepaga se encuentran sometidas a cumplir conforme la ley 26.682 y en el marco de lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455.-

---Al respecto, se ha acreditado que la amparista padece de "Esclerosis Múltiple" desde el año 2012, siendo tratada por la Dra. Saladino (conforme surge de la documental obrante a fs. 4/13 y 20/21) quien resulta ser profesional perteneciente a la cartilla de prestadores de la demandada. Precisamente la empresa de medicina prepaga no ha negado que dicha médica integre su listado de profesionales.-

---También se encuentra acreditado los nuevos síntomas que padece la amparista conforme certificado médico de fs. 3; en donde el profesional de cabecera Dr. Jorge M. Oliwa (que atiende a la amparista en esta ciudad) aconseja la consulta con la Dra. Saladino por su especialidad en la materia y haber indicado el tratamiento de la enfermedad que padece la actora.-

---Todo ello no ha sido desconocido ni negado por la demandada, pues al contestar el informe a fs. 48/54 solo se ha centrado en cuestiones contractuales referidas a la ausencia de obligación de su parte para brindar la cobertura requerida; pues hubo

ofrecido la atención de la amparista con un profesional de la ciudad de Neuquén.-

---Pero también cabe destacar que la demandada tampoco ha acreditado que el médico que ofreciera para atender a la amparista, se desempeñe en la especialidad por la cual debe ser atendida la actora, carga procesal que pesa sobre su cabeza atento resultar ser la persona jurídica que contrata a sus prestadores y detenta en su poder la acreditación de las especialidades de los mismos.-

---Consideramos, entonces, que se ha acreditado la dolencia de la Sra. Sandoval, el tratamiento terapéutico necesario, como así también el centro donde puede realizarse dichas atenciones, pues se trata de un problema de salud actual que requiere un tratamiento inmediato, no existiendo vías ordinarias adecuadas que permitan la urgente reparación que el caso amerita, y sobre todo porque no se trata de un conflicto que versa sobre sumas de dinero sino sobre las prestaciones que debe recibir la amparista.-

---Precisamente en relación a la oposición formulada por la demandada, corresponde resaltar que se encuentra reconocido por ambas partes que la empresa de medicina prepaga otorgó la cobertura de la atención de la Sra. Sandoval por parte de la Dra. Saladino en el Instituto INEBA, siendo ésta la médica tratante en la que la amparista ha depositado su confianza.-

---En el conflicto entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud, resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente. El médico tratante, especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar si su paciente realmente necesita el tratamiento que su ciencia determina, teniendo en cuenta su alcance, forma y periodicidad del mismo.

---Máxime cuando al derecho a una salud integral se le otorga (conforme los antecedentes descriptos) un mayor valor normativo por sobre otros derechos pues se considera al primero como uno de los derechos humanos fundamentales de cualquier ciudadano.-

---Sobre el particular el Superior Tribunal de Justicia recientemente ha sostenido que: "... Este Superior Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que -en casos como el de autos- 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. 166/15 "CHIRINO" y Se. 79/16 "PRUDENCIO"). El médico tratante ... es el llamado a determinar si su paciente realmente necesita un medicamento o un tratamiento determinado, con qué grado de urgencia y en qué estadio de la

enfermedad..." (in re: "SCHUNMACHER PAMELA C/ SWISS MEDICAL S.A. S AMPARO S/ APELACION (Originarias), Expte. N° Z-2RO-746-AM201, Se. N° 66/d del 16/05/17).-

---Además corresponde señalar que la demandada se limita a señalar su oposición, indicando la prevalencia de lo contractual por sobre la salud de la amparista, sin haber desconocido que la Dra. Saladino integra su cartilla de médicos prestadores y tampoco ha impugnado de modo suficiente con fundamentos científicos ni elementos objetivos de juicio lo prescripto por dicha profesional, que resulta ser la médica tratante de la Sra. Sandoval cuestión que tampoco ha desconocido.-

---No se desconoce que la demandada es una empresa que tiene una actividad comercial, pero también entre sus fines se tiende a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por las que se adquiere un compromiso social con sus usuarios.-

---Sobre ello, el Supremo Tribunal también hizo referencia a la posición de debilidad contractual de las personas físicas en el contrato de medicina prepaga. Recordó que se trata de un contrato de adhesión en el que los adherentes se encuentran "en una posición de subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela".-

---Por otra parte, y en cuanto a la jerarquía de los derechos y/o garantías afectados debe advertirse que el derecho a la vida, que involucra el de la salud, la dignidad humana y el bienestar común, se encuentra implícitamente reconocido en el art. 33 de la Constitución Nacional. Concordante con ello, es preciso tener en cuenta que, según lo dispone el art. 59 de la Constitución Provincial, "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".-

---Precisamente y con aplicación directa al caso de autos, éste Tribunal tiene dicho que: "... En efecto, no debe admitirse que el derecho a la salud quede así limitado a una simple "declaración" transformándose en una "ficción", sino que debe ser reconocido de manera real y efectiva, respondiendo adecuadamente a los requerimientos de los médicos tratantes, en la forma y tiempo que estos indican para un mejor tratamiento de la enfermedad, y calidad de vida del paciente. Ello con fundamento en lo sostenido por el Superior Tribunal de Justicia que ha resuelto que: "Seguramente habrá de apelarse reiteradamente al sistema axiológico de la Constitución, tanto en su versión sesquicentenario cuanto en sus actualizaciones posteriores, con más el aporte del derecho

judicial y del derecho internacional de los derechos humanos, para darse cabal cuenta de que la salud ostenta un valor, una valiosidad, una calidad de bien jurídico colectivo como para reconocerle, atribuirle y garantizarle el derecho a cuantas coberturas - individuales y colectivas- tengan que suministrarle según cada caso, cada momento, cada situación" (S.T.J. Se. n° 75/03 "Gutierrez", se. 44/04)..." (in re: "ESCUREDO, JAVIER ALBERTO Y OTRA C/ SOL SALUD S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL)" Expte. N° D39C2/17, Sentencia del 08/02/2017).-

---Sin perjuicio de lo expuesto, cabe agregar que aún en el caso de existir un margen de duda, debe el Tribunal inclinarse por preservar el derecho a la salud sobre el cual se ha expedido la jurisprudencia reseñada ut supra; siendo que un criterio meramente formalista dilataría innecesariamente la resolución y consiguiente atención de la amparista, con los perjuicios eventualmente irreparables para su calidad de vida.-

---5) Conforme lo expuesto, corresponde hacer lugar a la presente acción de amparo condenando a SWISS MEDICAL GROUP S.A. a otorgar el 100% de la cobertura dentro del plazo máximo de cinco (5) días a contar desde la notificación de la presente, a efectos que la Sra. LAURA GRACIELA SANDOVAL reciba el tratamiento médico asistencial que prescriba la Dra. Maria Laura Saladino del Instituto INEBA (sito en la ciudad de Buenos Aires), tanto de los medicamentos que fueren necesarios como su traslado a dicha ciudad.-

---Con costas a cargo de la demandada, atento no existir motivos para apartarse del principio general de la derrota (art. 68 y ccs. del CPCCN).-

---Todo ello bajo apercibimiento de adoptar las medidas compulsivas pertinentes para el caso de incumplimiento de la sentencia de autos.-

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

---I) HACER LUGAR a la acción de amparo interpuesta por la Sra. LAURA GRACIELA SANDOVAL y en consecuencia ordenar a SWISS MEDICAL GROUP S.A. que en el término de cinco (5) días de notificada la presente arbitre los medios necesarios a efectos de posibilitar el traslado de la amparista a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para ser atendida por la Dra. Maria Laura Saladino en el Instituto INEBA y otorgue la cobertura integral (100 %) de los medicamentos y cualquier otra práctica que requiera dicha profesional para el tratamiento de la Sra. Sandoval. Ello bajo apercibimiento de adoptar las medidas de compulsión que resulten pertinentes.-

---II) IMPONER las costas a la demandada, en su calidad de vencida (art. 68 del

CPCC).

---III) REGULAR los honorarios de la Dra. M. Mercedes Lasmartres, patrocinante de la amparista, en la suma de \$ 10.690 (pesos diez mil seiscientos noventa) (10 jus); y los del Dr. Miguel E. Colombres, letrado de la demandada, en la suma de pesos cinco mil trescientos cuarenta y cinco (\$ 5.345.-) (5 jus), todo ello conforme arts. 6, 9 y ccs. De la L.A.-

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

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS M. CUELLAR

Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario de Cámara