

///MA, 26 de abril de 2010.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Alberto I. BALLADINI y Víctor Hugo SODERO NIEVAS y con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "ALTAMIRANO, PEDRO s/AMPARO s/APELACION" (Expte. N° 24314/08-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 O N-----

-----El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----ANTECEDENTES.-----

-----Llegan las presentes actuaciones, en razón de la apelación interpuesta a fs. 80 por el Dr. Alejandro Ramón Mejía, apoderado de la parte requerida -Obra Social de Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos R. A.-, fundada a fs. 92/97, contra la sentencia de la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 70/76, que hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. Pedro Altamirano, condenando a la Obra social antes referida a prestarle la cobertura del 100% del valor del medicamento denominado "AVASTIN", necesario para el tratamiento de su enfermedad "maculopatía diabética" en ambos ojos.-----

-----El apelante alega que el sentenciante resuelve en contradicción a lo previsto por los arts. 1 y 2 de la ley 23661 (ley de Obras Sociales) y la Resolución 310/04 (Programa Médico Obligatorio). Sostiene que las drogas requeridas por el amparista -AVASTIN o LUCENTIS- están fuera del nomenclador y de los tratamientos tradicionales recomendados por los médicos tratantes. Asimismo, aduce que no se cumplen en autos los extremos para la procedencia de la acción, pues se trata de una dolencia crónica, de larga data, sin urgencia, ni riesgo de vida que autorice el trámite excepcional del amparo, debiendo las pretensiones de las partes ser discutidas en un marco de amplitud de debate y prueba. Por último, solicita se revoque la condena en costas.-----

-----DICTAMEN PROCURACION GENERAL-----

-----La Procuradora General, Dra. Liliana Piccinini, a fs. 121/130, dictamina que debe rechazarse el recurso de apelación intentado. Señala que se ha expedido en antecedentes, tales como: “BENESES”, “MALASPINA”, “MARTINEZ” y “RESSER”, análogos al presente, en los cuales sostuvo que el médico tratante, es el especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad y es el llamado a determinar si su paciente realmente necesita un medicamento, con qué grado de urgencia, en qué estadio de la enfermedad. Agrega, que en las sentencias recaídas en dichos precedentes, se ordenó la provisión de los medicamentos, conforme solicitud y prescripción del médico tratante. Cita antecedentes de distintos tribunales de nuestro país que se han manifestado sobre el derecho a la salud por sobre el PMO. Asimismo considera que el PMOE constituye un piso o una base, y la circunstancia de que no se encuentre allí enumerado el tratamiento en cuestión o la afección padecida por el peticionante, no puede constituir fundamento que de lugar a la negación de brindar la cobertura peticionada. Señala que los prestadores de servicio de Salud, deben adaptarse a las técnicas nuevas que puedan practicarse para procurar brindar el mejor sistema de salud integral a los beneficiarios y/o asociados.- - -

-----En relación a la imposición de costas, considera que la impugnación de aspectos procesales que no hacen a la cuestión de fondo de la garantía procesal específica de la Constitución deben quedar en principio ajenos al recurso de apelación consagrado por la legislación que autoriza la apelación de la sentencia dictada en amparo. -----

-----CONSIDERACIONES PREVIAS.-----

-----De las constancias de autos surge que la patología que padece el Sr. Pedro Altamirano es diabetes complicada con una maculopatía de ambos ojos. El Tribunal del amparo ha tenido en cuenta para decidir, la opinión del Cuerpo Médico Forense, en cuanto a que el actor padece de una enfermedad de evolución progresiva y desfavorable, que desemboca en una pérdida de la visión central y de la capacidad de lectura y que el tratamiento prescripto es reconocido por el consejo argentino de oftalmología. -----

-----Comparto el criterio del Tribunal al sostener que todas las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, siendo éste uno de los derechos fundamentales del ser humano, reconocido a través de garantías

constitucionales y supranacionales, la doctrina y distintos antecedentes jurisprudenciales- - - - -

-----El caso de autos 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 de este STJ. en su interpretación y aplicación.- - - - -

-----La Constitución Provincial en el artículo 59, califica a la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Todos 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 derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33, C.N. es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida –principio de autonomía- (art. 19, C.N.).- - - - -

-----Ha quedado expresado en reiteradas oportunidades que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. "c" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (STJRNCO: "SALAZAR, ANA s/AMPARO s/APELACIÓN", Se. N° 41/05; "MARTINEZ, SUSANA MABEL s/AMPARO", Se. N° 99/08, entre otros).- - - - -

-----Sabido es que el 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 (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.: "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V.

s/Amparo s/Apelación", Se. N° 150/01; "GARRIDO, Antonio s/Mandamus", Se. N° 151/01). Ello es así, porque la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que, dada la situación de urgencia de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna (cf. "ABECASIS", ya citada).-- - - - -

-----"El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente el de la preservación de la salud, no necesita de ningún tipo de justificación sino que, por el contrario, debe justificarse la restricción pública o privada que se haga de ellos" (conf. Lovece, Graciela, "El derecho civil constitucional a la salud. Circunstancias del cumplimiento", Ed. LexisNexis, JA. 2003-I-493; cf. "RIVERO", Se. N° 75/06).- - - - -

-----Todas las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no puede negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante, aunque pueda hallarse en una primera etapa de experimentación de las drogas mencionadas; conforme lo sostiene el a quo. - - - - -

-----El Programa Médico Obligatorio establece un régimen mínimo de prestaciones que las Obras Sociales deben garantizar. Ello es así, conforme a la Resolución 201/02 que dispone que los agentes del seguro de la salud podrán ampliar la cobertura e incluir otros medicamentos de acuerdo a las necesidades de sus beneficiarios y financiamiento y la Resolución 310/2004, en cuanto destaca la necesidad de actualizar las prestaciones incluidos en el PMO, ante los cambios producidos en el sector salud. - - - - -

- - - - -

-----Si bien, el tratamiento o las drogas peticionadas en autos no figuran en el listado de la cobertura médica que contemplan los programas médicos obligatorios, ello no obsta al reclamo de autos. La facultad del Ministerio de Salud para definir las prestaciones que deben brindar los agentes del Seguro de Salud, implica un régimen mínimo, ya que siempre debe atenderse al principio básico que apunta a garantizar a todas las personas las prestaciones necesarias para el cuidado integral de su salud física y psíquica. - - - - -

- - - - -

-----Al respecto, tal como señala la Sra. Procuradora General, entre los antecedentes jurisprudenciales que resultan aplicables en autos, se puede citar: “la circunstancia de que la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio no basta para eximir a la accionada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud” (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata- 17/12/2009- B, C y otra c. UP); “Corresponde confirmar la sentencia que condenó a la obra social demandada a suministrar una medicación experimental a un menor discapacitado -en el caso, padece la enfermedad de Hunter-, si las pruebas aportadas a la causa han demostrado que ha producido mejoramientos notorios en su estado patológico, sin que obste a ello la circunstancia de que no se encuentre incluida en el Programa Médico Obligatorio, pues, aquel es un piso prestacional que puede ser elastizado en el caso concreto en la medida que estén comprometidos la salud y la vida de las personas (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I • 26/05/2009 • V., H. H. y Otra c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos Oficiales Nacionales); “Es procedente la acción de amparo promovida contra una empresa de medicina prepaga a fin de que provea a un afiliado la cobertura del medicamento que necesita para tratar la enfermedad que padece -en el caso, psoriasis severa-, pues si bien entre los medicamentos indicados en el Plan Médico Obligatorio no se encuentra la droga reclamada, la obligación de la accionada no puede limitarse a dicha lista, desde que la finalidad perseguida por el plan médico obligatorio, receptada en el reglamento interno de la empresa, es otorgar una amplia cobertura de los medicamentos de baja incidencia y alto costo, y el art. 28 de la ley 23.661 (Adla, XLIX-A, 57) previó su actualización periódica de conformidad con el avance tecnológico de la ciencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III • 04/09/2007 • Vieyra Spangenberg, Jorge Antonio José c. CEMIC). - - - - -

-----Este Cuerpo ha dicho que en conflictos de esta naturaleza -entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud respecto al suministro de medicamentos- corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa con relación a la confiabilidad del medicamento que suministra a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza; (Cf. "BENESES, ELIDA BEATRIZ s/AMPARO", Se. N° 88/08 y en "MARTINEZ, SUSANA MABEL s/AMPARO" Se. N° 99/08).- - - - -

-----También se ha dicho en las actuaciones caratuladas: “RESSER LIDIA NOEMI

s/ACCION DE AMPARO", Se. N° 116/08", que como señala, Susana Albanese (cf. "Relación Médico-Paciente: el derecho a informar y acceso a la historia clínica", en la misma obra de Ed. LL Tomo V, p. 252 y ss.) puntualiza que el paciente tiene el derecho a ser informado de manera precisa y comprensiva sobre su diagnóstico, el tratamiento y las posibles alternativas que se abren, para poder así dar un consentimiento con pleno conocimiento de causa del tratamiento. En el caso de autos la información recibida por el paciente y su consentimiento han hecho que, en definitiva, éste se presente ante el Tribunal a fin de reclamar lo prescripto por su médico tratante".- - - - -

-----Por otro lado, es dable recordar que en las actuaciones caratuladas: "GENOVESE, M. L. s/ Amparo s/ Apelación", STJRNCO Se. N° 65/05, sostuve que "El S.T.J. ha manifestado in re: 'MUNICIPALIDAD DE SAN CARLOS DE BARILOCHE S/ QUEJA EN J. BARRIA SOTO S/ AMPARO' (Se. N° 164/94 del 19-10-94) que '\... La sentencia que se dicta en el amparo, opera en esencia como mandamiento judicial destinado a obtener un determinado efecto, que no se vincula necesariamente con la profundidad del debate cumplido sino con la necesidad de superar una emergencia donde está comprometida una garantía o derecho constitucional. Por ello, los términos en que debe ser entendida esta decisión no restringen un completo y válido debate ulterior sobre el mismo tema, sin el cerrojo de la cosa juzgada ortodoxamente considerada ...'\'" (del voto en mayoría de quien fuera mi distinguido colega Dr. E. NELSON ECHARREN). Posteriormente, la actual composición del S.T.J. lo confirmó por mayoría de los Dres. ALBERTO I. BALLADINI y VICTOR H. SODERO NIEVAS, con abstención del suscripto por existir coincidencia de opinión en los términos del art. 39 de la Ley Orgánica, en autos "CERDAN, L. J. s/ ACCION DE AMPARO s/ APELACION"; Se. N° 132/03; Cf. Voto del Dr. Lutz in re: "C., O. R. s/ AMPARO s/ APELACION", Se. 110/05.- - - - -

-----Por último, este cuerpo sostuvo en las actuaciones caratuladas: "CIARRAPICO, PABLO NORBERTO c/ NICIPALIDAD DE BARILOCHE S/AMPARO s/APELACION" (Se. 86/09) que, en principio, resulta improcedente la apelación respecto de costas y honorarios. En tal sentido, se tuvo presente que en las actuaciones "ROMAN, HORACIO S/ AMPARO S/ APELACION", Se. N° 46/09, este cuerpo reiteró que en el estrecho margen procesal del amparo, cuando lo que se ataca mediante el recurso de apelación no se refiere a la cuestión de fondo, estas cuestiones, en

principio, son ajenas al recurso de apelación (STJRNCO: "DANWARKT NESSLER", Se. N° 23/02); ello, siempre y cuando en la regulación de honorarios se respete el límite mínimo previsto en el art. 36 de la Ley Arancelaria y no se advierta arbitrariedad o absurdo en tal proceder (STJRNCO: "BOLLERO", Se. N° 362/02 ; "CH., H. A. s/ ACCION DE AMPARO s/ APELACION s/ COMPETENCIA", Se. 124/05).- - -

-----DECISORIO. -----

-----Por los fundamentos expuestos, corresponderá rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 80 y fundado a fs. 92/97 por el Dr. Alejandro Ramos Mejia, apoderado de la Obra Social de Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos R. A.-, confirmando la sentencia de la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 70/76. Con costas (art.68 Cód.Proc.Civ. y Com.), regulando los honorarios profesionales del doctor Alejandro Ramos Mejía en el 25% de los fijados por el Tribunal "a quo" (art.14 L.A.) . MI VOTO.- - - -

Los señores Jueces doctores Alberto I. BALLADINI y Victor Hugo SODERO NIEVAS, dijeron:-----

-----Adherimos al voto del señor Juez preopinante.ASI VOTAMOS.- -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 80 y fundado a fs. 92/97 por el apoderado de la Obra Social de Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos R. A.-, confirmando la sentencia de la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 70/76, por los fundamentos expuestos en los considerandos. Con costas (art.68 Cód.Proc.Civ. y Com.).- - -

Segundo: Regular los honorarios profesionales del doctor Alejandro Ramos Mejía en el 25% de los fijados por el Tribunal "a quo" (art.14 L.A.).-----
--

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente remítase.(fdo) LUIS LUTZ -JUEZ- ALBERTO I.BALLADINI-JUEZ-VICTOR HUGO SODERO NIEVAS- JUEZ.ANTE

MI: EZEQUIEL LOZADA-SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO I SENT. NRO. 25 FOLIO 218/226 SEC. NRO. 4.-