

///MA, 16 de diciembre de 2016.-

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Ricardo A. APCARIÁN, Adriana C. ZARATIEGUI, Enrique J. MANSILLA, Sergio M. BAROTTO y Liliana L. PICCININI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "LEDER, LORENA SOLEY Y OTRO C/ OSPECON Y OTRO S/ AMPARO (ART. 43 C. PCIAL) S/ APELACION" (Expte. N° 28888/16 -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, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 57 y vta. y fundado a fs. 90/97 y vta. por los representantes de la Obra Social del Personal de la Construcción (O.S.PE.CON) contra la sentencia dictada por la Jueza a cargo del Juzgado de Familia n° 7 de la ciudad de Viedma, Dra. María Laura Dumpé, obrante a fs. 34/37 y vta., que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. Lorena Soley Leder, diagnosticada con cáncer de cuello uterino con adenocarcinoma, recaída de la cúpula de la vagina con adenocarcinoma y afección de la vejiga, riñón, uréter e intestinos -cf. fs. 4/6- y por su pareja el Sr. Carlos Godoy, condenando a O.S.PE.CON a cubrir de manera integral la cirugía, los honorarios y el tratamiento posterior que prescriba el médico tratante respecto a la afiliada en el Instituto Alexander Fleming S.A. sito en la ciudad de Buenos Aires.

Para así decidir la Jueza de amparo consideró que la Obra Social no se hizo presente en la audiencia celebrada el día 13 de octubre de 2016 (fs. 32/32), tampoco ha cuestionado la prescripción médica, no ha desconocido lo manifestado por la actora ni tampoco ha contestado la intimación cursada por la Defensora Oficial n° 5 de la 1° Circunscripción Judicial, Dra. Crespo, demostrando con su actitud un total desprecio por la vida de la amparista.

Sostuvo que en atención a lo establecido por la ley n° 26.529 -Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud- en el caso de autos la Sra. Leder, previa información de su médico tratante y luego de analizar detenidamente los

riesgos a los que se exponía por el tratamiento prescripto, optó por dicha terapéutica por cuanto le dio esperanzas de prolongar su vida; resultando ineludible el respeto por su decisión en una sociedad democrática, máxime teniendo en consideración lo expuesto por la integrante del Cuerpo Médico del Poder Judicial, Dra. Panetta, respecto a las posibilidades de sobrevivencia de la paciente (mujer joven, con antecedentes de salud y madre de dos niñas).

Concluyó que de acuerdo a la documentación aportada es evidente el riesgo para la salud de la amparista dado el avance de la enfermedad si no procede con urgencia a realizar la cirugía solicitada, la cual por otra parte no se puede realizar en otro lugar que no sea un centro especializado (Viedma no dispone de uno), dada su complejidad y el equipo necesario para llevar adelante la cirugía con éxito.

A fs. 90/97 y vta. al fundar su memorial la recurrente alega que es nula la sentencia de amparo por incompetencia del la Jueza interviniente, dado que el artículo 38 de la ley n° 23.661 establece que los agentes de seguro están sometidos exclusivamente a la Justicia Federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actores. Sostiene que OSPECON se trata de una Obra Social comprendida en la ley n° 23.660 y no de una empresa de medicina prepaga, advirtiendo que por tal motivo la competencia federal es de orden público y por lo tanto indisponible para los litigantes.

Destaca que el embargo ordenado por la Jueza de Familia es de carácter ejecutorio -no tiene naturaleza cautelar- y que por ello, de acogerse la nulidad del pronunciamiento recurrido, corresponde que el embargo resuelto corra idéntica suerte.

Argumenta que la cuestión de autos devino abstracta en forma parcial, toda vez que el objeto de la pretensión comprendida en la acción de amparo se ha satisfecho parcialmente -cirugías-, aún antes de la notificación de la sentencia recurrida.

Precisa que cuando desde la Obra Social se requirió al Instituto Alexander Fleming S.A. el presupuesto y órdenes médicas necesarias para acreditar el tratamiento de la amparista, la respuesta de dicha institución resultó absolutamente sorpresiva en tanto la paciente Leder había sido intervenida en forma privada, subrayando que a tal fin la familia y la amparista realizaron una colecta, siendo ello público y notorio.

Opina que el debate de autos deberá circunscribirse a un reclamo meramente patrimonial -reintegro de gastos efectuados por las cirugías realizadas en el Instituto Fleming-, situación que desnuda la falta de los requisitos que viabilizan la acción de amparo (ausencia de urgencia, daño irreparable, situación acuciante o extrema, inexistencia de otras vías para obtener la reparación del derecho patrimonial

supuestamente menoscabado y de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta por parte de la Obra Social), debiendo recurrir la accionante a la Justicia Ordinaria para hacer valer sus derechos en un juicio de conocimiento pleno, con sustanciación amplia y prueba pertinente.

Considera que no se trata de adelantamientos de gastos que requieran ser reintegrados en forma habitual o periódica por alguna dolencia permanente de la amparista, sin que en el caso se esté discutiendo un riesgo a la vida o a la salud que requiera de una intervención inmediata de la Justicia, máxime cuando la acción de amparo articulada fue notificada a OSPECON con posterioridad a la primera intervención quirúrgica, lo que impide calificar su conducta como opuesta al ordenamiento jurídico.

Agrega que por encontrándose satisfechas las prestaciones -la paciente ya fue operada- el embargo ejecutorio decretado por la Jueza de amparo debe ser dejado sin efecto.

Sostiene que OSPECON asumió desde el inicio una conducta pro-activa a los fines de cubrir el tratamiento de la accionante por cuanto al principio la Sra. Leder recibió la cobertura por medio de los prestadores médicos de la Obra Social, atendiendo su patología en la ciudad de Bahía Blanca -Pcia. de Buenos Aires- y que posteriormente, cuando requirió un cambio de prestador, la afiliada fue derivada al Centro Médico Orionis de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y luego al Sanatorio Franchin de dicha localidad a cargo del Dr. Martínez. Agrega que el Instituto Alexander Fleming es un prestador ajeno al sistema de la Obra Social.

Por último, aduce que el fallo en crisis luce precipitado ya que los plazos transcurridos desde la decisión de la paciente de renunciar al tratamiento brindado por OSPECON hasta que se formalizó el amparo -aproximadamente una semana- de modo alguno habilitan para calificar la actitud de la Obra Social como renuente. Además observa que la amparista no acreditó que existan resoluciones denegatorias de la cobertura que reclama, calificando por tales motivos a la sentencia recurrida como dogmática.

A fs. 134 luce agregada el acta de audiencia del día 28 de octubre de 2016 en la que el accionante solicitó el reconocimiento de las prestaciones que demande el tratamiento integral de su esposa -cf. documentación de fs. 102/130- y manifestó que OSPECON no cumplió con ninguna prestación, señalando que la Sra. Leder comienza con un tratamiento de Leparina por el plazo de 6 meses y que deberá realizarse controles, exámenes médicos y utilizar elementos descartables para los estudios y aplicación de la droga. A todo lo cual se opuso el representante de la accionada.

A fs. 136/140 la Sra. Defensora de Pobres y Ausentes, Dra. María Dolores Crespo, en

su carácter de gestor procesal, contesta el traslado del memorial conferido y afirma que resulta inadecuado el planteo de incompetencia de la Juez actuante (nulidad de la sentencia), toda vez que de acuerdo a la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia no existe afectación alguna de intereses federales en casos como el de autos por lo que resulta improcedente el fuero de excepción (cf. STJRNS4 Se. 114/16 “VAZQUEZ”).

Sostiene que es absurdo considerar a la cuestión planteada como devenida en abstracta con fundamento en que el objeto de la pretensión comprendida en la acción de amparo ha sido satisfecho parcialmente aún antes de la notificación de la sentencia atacada. Aclara que basta de los propios dichos de la requerida para confirmar que la resolución le fue notificada con anterioridad a la intervención quirúrgica.

Afirma que hasta el día de la fecha la Obra Social no ha cubierto los gastos de las cirugías, ni los honorarios médicos y tampoco el tratamiento actual de la amparista, señalando que la requerida colocó a la amparista en instancias previas a la intervención quirúrgica en un estado de vulnerabilidad total, a la que se sumó la desesperación y angustia de sus familiares y amigos, circunstancias que justifican legítimamente todas las acciones que pudieron haberse llevado a cabo para garantizarle el acceso al servicio de salud que la Sra. Leder necesitaba de manera imperiosa para salvar su vida.

Precisa que pretender que el Sr. Godoy y la Sra. Leder se mantuvieran inmóviles a la espera de la autorización de la prestación por la Obra Social, es decir hasta el cumplimiento de las obligaciones impuestas, significa ciertamente lesionar su derecho a la vida y una sentencia de muerte.

Argumenta que los gastos que debieron soportar la Sra. Leder y el Sr. Godoy fueron afrontados ante la falta de cobertura de la prestación médica reclamada y en nada exime de responsabilidad a la Obra Social.

Destaca que los amparistas realizaron todas las presentaciones ante la Obra Social en el curso del desarrollo de las circunstancias y ante la urgencia de la gravedad de su cuadro clínico y que dicha situación quedó claramente demostrada en autos con la exposición brindada por la médica del Cuerpo Médico Forense, Dra. Panetta (fs. 32/33).

Considera que todo el accionar de OSPECON se direccionó a dilatar el proceso para evitar asumir los costos que su obligación conlleva, sin perjuicio de los derechos esenciales de su afiliada, su salud y consecuentemente su vida; subrayando que de hacerse lugar a la pretensión de la requerida se tornará ordinario este proceso mediante el cual se procura garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales reconocidos en la sentencia de amparo atacada.

Opina que los agravios de la requerida adolecen de una crítica razonada al no exponer los errores, omisiones o arbitrariedades en que pudiera haber incurrida la sentencia de la Juez del amparo, solicitando el rechazo de la documentación agregada por la Obra Social a fin de darle credibilidad a sus dichos.

Concluye que la necesidad del tratamiento se encuentra plenamente acreditada en autos, habiendo sido confirmada por el Cuerpo Médico Forense e incuestionada por la requerida oportunamente, la que además tampoco objetó los costos de la prestación ni la elección del tratamiento por parte de la amparista, todo lo cual consolida la razonabilidad y suficiencia del decisorio en crisis.

A fs. 279 y vta. la Defensora Oficial n° 5 de la 1° Circunscripción Judicial solicita se intime a OSPECON a garantizar la cobertura integral de la nueva intervención quirúrgica consistente en el “cierre de colostomía” prevista para el día 15 de diciembre de 2016, esgrimiendo que antes de dicha fecha la requerida deberá abonar al Instituto Fleming la suma de Pesos Noventa y Cinco Mil Quinientos (\$ 95.500,00) y agrega a fs. 277/278 el presupuesto pertinente.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 271/276 y vta. la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano, dictamina que se debe rechazar el recurso de apelación impetrado por el apoderado de OSPECON, confirmándose la sentencia en crisis.

Considera que el progreso de la vía recursiva se encuentra condicionado, toda vez que los fundamentos de la requerida no logran conmover el temperamento expuesto en el fallo atacado, el cual ha sido debidamente motivado (art. 200 de la Constitución Provincial), ni alcanzan a evidenciar el hipotético yerro en que habría incurrido la Jueza de amparo al resolver como lo hizo.

Sostuvo que en el caso nos encontramos frente a una controversia ajena a la normativa federal, resultando improcedente el fuero de excepción (cf. STJRNS4 Se. 114/16 “VAZQUEZ”).

Considera que el resguardo proteccional constitucionalmente garantizado es merecedor del tratamiento que la sentenciante le ha prodigado (cf., art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 59 de la Constitución Provincial).

Repara en la gravedad del cuadro de la amparista y en la opinión vertida a fs. 32/33 por la representante del Cuerpo Médico Forense, Dra. Panetta, surgiendo de ello con claridad que en modo alguno la cuestión debatida devino parcialmente en abstracta como lo pretende la recurrente; por el contrario se trata de un tratamiento que se está

iniciando y la urgencia del caso está dada justamente en el delicado cuadro de salud de la amparista.

Precisa que incluso la propia Jueza de amparo resolvió con rapidez puesto que ante la presentación efectuada el día 12 de octubre de 2016 (fs. 17/22) celebró la audiencia al día siguiente y falló ese mismo día (13 de octubre de 2016).

Destaca que el hecho de que los presentantes hayan acudido a una colecta para poder afrontar el costo de la cirugía -conforme lo alegado por el quejoso- no exime a la Obra Social de su obligación y responsabilidad.

Concluye que en el presente caso nos encontramos ante una situación de extrema urgencia que reúne los presupuestos necesarios para configurar el remedio constitucional intentado -irreparabilidad del daño e inexistencia de otras vías idóneas-.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO.

Ingresando al planteo de autos he de señalar que asiste razón al recurrente al plantear en su memorial que cuando se trata de una Obra Social la justicia provincial resulta incompetente para entender en las actuaciones cuando se reclama una cobertura médica asistencial (cf. STJRNS4 Se.81/16 “PEREZ VALLET” y Se. 114/16 “VAZQUEZ”)

En dichos precedentes advertí que en los términos previstos en la ley 23.661 el conocimiento de estas cuestiones resultan privativas de la justicia federal.

Precisamente, el artículo 38 de la citada normativa prescribe “los agentes de seguro estarán sometidos exclusivamente a la justicia federal, pudiendo optar por la correspondiente a la justicia ordinaria cuando fueren actoras...”.

Por ello al tratarse de una obra social y no de una empresa de medicina prepaga la competencia para entender en el caso corresponde de modo exclusivo al fuero federal, máxime cuando dicha competencia resulta de orden público y por lo tanto indisponible para las partes, en tanto se encuentran en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional.

En definitiva, toda vez que se encuentra demandada una obra social que en principio estaría comprendida en los términos de los arts. 12 de la ley 23.660 y 22 parr. 2º de la ley 23.661, corresponde aplicar el art. 38 de dicha ley, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria solo cuando fueran actores (del dictamen del Procurador General, que la CSJN hace suyo, en “E.R.M.L. c/ OSCAC” del 18/10/2006 cita online AR/Jur/11902/2006).

En tal sentido se ha dicho que resulta competente para entender en contiendas en las que

se dirimen cuestiones relacionadas con las obras sociales, en su carácter de agentes del seguro social, con fundamento en el art. 38 de la ley 23.661, el fuero federal. Tanto la Administración nacional de Seguros de Salud (ANSSAL) como sus agentes, están sometidos legalmente como regla general- a la competencia federal, admitiéndose como única excepción la posibilidad que tienen de optar por la justicia ordinaria cuando revisten el carácter de actores (cf. SCJ de la Provincia de Bs As. “Ceraldi” del 26/10/2005, cita online 70022975).

MI VOTO.

La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI dijo:

Pasando a considerar el recurso de apelación intentado, adelanto que disiento con la solución propuesta por el magistrado preopinante, dado que en los precedentes citados por mayoría de la que he participado el Tribunal asumió la competencia que le correspondía.

Es dable destacar que en el caso bajo examen nos encontramos frente a una controversia ajena a la normativa federal que funda esa competencia excepcional por lo que corresponde sostener la competencia de la Justicia Provincial, máxime al constatar que en la presente acción no existe afectación alguna de intereses federales por lo que resulta improcedente el fuero de excepción (cf. STJRNS4 Se. 56/11 “ARVIGO” y Se. 111/14 “FRESCO”, entre otros).

En efecto, el art. 38 de la ley 23.661 se refiere a los eventuales conflictos o situaciones dadas entre la ANSSAL (ente regulador) y los agentes del seguro (obras sociales), pero de modo alguno alude a las controversias que se suscitan entre estas últimas y los particulares que resultan los beneficiarios (cf. STJRNS4 Se. 81/16 “PEREZ” y Se. 114/16 “VAZQUEZ”, entre otros).

Ya respecto a los agravios planteados por la recurrente adelanto que se coincide con el dictamen de la Procuración General por cuanto se debe rechazar del recurso de apelación intentado en tanto sus fundamentos no logran conmover el temperamento de la sentencia que intenta poner en crisis, planteando en su memorial meras discrepancias sin el debido desarrollo argumental suficiente.

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.

La Jueza a-quo para fundar su decisión se ha basado en las garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y antecedentes jurisprudenciales que han reconocido el derecho a la salud y a la vida (cf. art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 59 de la Constitución Provincial), por lo que en el fallo en crisis se ha realizado un tratamiento razonado y legal del planteo de autos (cf. art. 200 de la Constitución Provincial).

En el caso estamos frente a una situación de salud extremadamente delicada al tratarse de ante una mujer de 39 años de edad que padece de cáncer de cuello uterino con adenocarcinoma, recaída de la cúpula de la vagina con adenocarcinoma y afección de la vejiga, riñón, uréter e intestinos -cf. fs. 4/6-.

De las constancias de autos surge claramente que la amparista ha recibido múltiples tratamientos invasivos -quimioterapia, radioterapia y braquiterapia, entre otras- e intervenciones quirúrgicas con el objetivo de recobrar su salud (ver fs. 4/6), sin lograr redimir su enfermedad, ya que por el contrario el cáncer lamentablemente continuó con su progresión.

Específicamente a fs. 6 su galeno tratante, Dr. Alejandro Pairola del Instituto Alexander Fleming, informa que en el mes de diciembre del año 2015 su paciente presentó una recaída pelviana central sin enfermedad a distancia, por lo cual realizó distintos esquemas de quimioterapia sin respuesta, destacando que en la última TAC realizada el día 30 de agosto de 2016 presentó recaída central sin enfermedad a distancia y que al examen físico tuvo invasión de cúpula vaginal y con márgenes sobre uretra muy cercanos (el recto a 2 cm del esfínter anal impresiona por su compromiso con tumor).

En este contexto resulta contundente el informe del médico tratante cuando propuso como terapia para la Sra. Leder el rescate pelviano con probable exenteración anterior y posterior debido a la sola presencia de enfermedad localizada en la pelvis luego de 9 meses de recaída, con baja respuesta a la quimioterapia.

El día propuesto para la cirugía por el médico tratante fue el 14 de octubre de 2016, oportunidad en la que se le realizó la exenteración pelviana anterior y resección anterior baja de colon-recto más un reemplazo parcial vesical por compromiso tumoral de vejiga, recto y uréteres (cf. informe de fs. 142 y vta.).

A mayor abundamiento a fs. 32/33 la médica del Cuerpo Médico Forense, Dra. Panetta, explica que en este tipo de operaciones de cáncer localizado en la pelvis y sin metástasis la operación puede tener entre un 40 % a 50 % de éxito en una mujer de la condición de

la amparista, requiriendo del vaciamiento pelviano -hay que sacar recto, ano, parte del intestino y vejiga-, por lo que la operación es compleja y tiene que utilizarse un gran equipo médico que incluye diferentes profesionales.

Nótese que la profesional de la salud del Cuerpo Médico Forense es concluyente en punto a las posibilidades de éxito de la intervención quirúrgica pero destaca que requiere de un post operatorio largo y complejo, siendo necesario un equipo médico capacitado para esta cirugía, señalando que sólo existen dos lugares en nuestro país donde se realiza y uno de ellos es el Instituto Fleming S.A. de la ciudad de Buenos Aires.

En su exposición oral de fs. 32/33 la Dra. Panetta afirmó que la enfermedad que sufre la Sra. Leder avanza muy rápidamente y que se sabe que es un cáncer altamente maligno -más que otros-, por lo cual la cirugía es la mejor chance y además la paciente asume una situación de riesgo.

Frente al cuadro de situación planteado se encuentra acreditada la necesidad del tratamiento quirúrgico al que se sometió la amparista -Sra. Leder- en el Instituto Alexander Fleming de la ciudad de Buenos Aires, quien fue derivada allí por presentar recaída de carcinoma de cuello uterino en pelvis, sin que los recurrentes hayan arrojado argumentos científicos o probanza alguna que demuestren que la prescripción del galeno tratante -Dr. Alejandro Pairola cf. fs. 5/6- y la exposición de la médica del Cuerpo Médico Forense (fs. 32/33), resulte errónea o injustificada. De allí la razonabilidad y suficiencia del decisorio en crisis.

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).

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. 126/13 “CASTRO” y Se. 42/15 “SCHWERTER”, entre otros).

En este sentido y ante la entidad de las consideraciones expuestas por el médico

tratante, la médica del Cuerpo Médico Forense y la falta de prueba científica en contra por parte de la requerida, no corresponde contraponer manifestaciones de neto contenido contractual.

No se desconoce que la demandada es una empresa que tiene una actividad comercial, pero también entre sus fines primordiales 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 (cf. LA LEY, cita Online AR/JUR/4292/2003 y LA LEY 2004-b, 980).

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 estas actuaciones surge con claridad la necesidad de lograr con urgencia una solución al planteo de autos 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 (CSJN doctrina de Fallos:327:3127), máxime cuando, conforme lo expresa la Defensora Oficial interviniente en la contestación del memorial a fs. 136/140, hasta el día de la fecha OSPECON no ha cubierto los gastos de las cirugías, ni los honorarios médicos y tampoco el tratamiento actual de la amparista, quien requiere una nueva intervención quirúrgica consistente en el cierre de la colostomía que se encuentra prevista para el día 15 de diciembre próximo (ver fs. 279 y vta.), colocándola nuevamente la requerida con su actitud en una situación total de vulnerabilidad.

Por ello, si la empresa de medicina prepaga mantiene vigente su intención de reclamar por cuestiones contractuales o sobre las diferencias de los valores económicos de las prestaciones médico asistenciales, el proceso de amparo no es el adecuado para la dilucidación de dichos planteos que requieren de un ámbito de mayor debate y prueba, debiendo la misma plantear la acción ordinaria correspondiente.

Por dichos motivos y tal como expresó la Jueza de amparo la Obra Social tiene la

obligación de cubrir de manera integral la cirugía, los honorarios y el tratamiento posterior que prescriba el médico tratante respecto a la afiliada en el Instituto Alexander Fleming S.A. sito en la ciudad de Buenos Aires, sin que pueda oponer como defensa la nulidad del pronunciamiento recurrido y del embargo decretado por cuestionamientos de competencia que se reitera ya han sido zanjadas por este Cuerpo en otros precedentes (cf. STJRNS4 Se. 114/16 “VAZQUEZ”), o que la cuestión planteada haya devenido abstracta ante la realización de la cirugía el día 14 de octubre de 2016.

Como bien señala la Procuración General, por el contrario, se trata de un tratamiento que se está iniciando y la urgencia del caso está dada justamente en el delicado cuadro de salud de la amparista, situación que llevó a que incluso la propia Jueza de amparo resuelva con una rapidez excepcional el amparo interpuesto, sin que la circunstancia de que los accionantes hayan acudido a una colecta para poder afrontar el costo de la cirugía exima a la Obra Social de su obligación y responsabilidad o que le permita desentenderse del cumplimiento de la obligación impuesta en el fallo atacado.

La patología que presenta la amparista pone en riesgo grave su salud y lo cierto es que de acuerdo a las constancias obrantes en autos incluso en la actualidad OSPECON se muestra reticente al cumplimiento de la sentencia de amparo, pese a la urgencia del caso y es aquí donde se finca la irrazonabilidad o arbitrariedad manifiestas que justifican la procedencia del amparo para resguardar la salud de la afiliada y que tornan la decisión judicial como razonable y ajustada a derecho.

Por lo tanto, el presente ha sido resuelto a la luz del principio rector que en materia de salud ha fijado nuestra Carta Magna Provincial y de la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia en su interpretación y aplicación.

DECISORIO

Por todo ello, corresponde rechazar el recurso de apelación aquí intentado. Con costas (art. 68 CPCC).

MI VOTO.

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:

Adhiero al voto y solución propuesta por la señora jueza preopinante doctora A.C.Zaratiegui.

ASI VOTO.

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:

En primer lugar, adhiero al rechazo al planteo de incompetencia de la requerida OSPECON (punto III.i.a. de su memorial fs. 90 y vta.), tal como lo propone la Dra.

Adriana C. Zaratiegui en su voto, pero con fundamento distinto al expuesto por la distinguida colega.

Considero que para rechazar el reclamo de adjudicación de la causa a la Justicia Federal es necesario determinar previamente la inconstitucionalidad del Artículo 38 de la Ley 23.661; ello, por los motivos y circunstancias que explicitase extensamente en oportunidad de pronunciarme en la causa “VAZQUEZ, Mónica E. y Otro C/ UNION PERSONAL S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION” (Expte. N° 28717/16 -STJ-” (Se. N° 114/16 del 04.10.16), y a los cuales me remito -en mérito a la brevedad-, en tanto entiendo que los mismos se aplican adecuadamente a la plataforma fáctica del presente caso.

En segundo lugar, y respecto de la cuestión de fondo, adhiero -al igual que lo hiciese la Dra. Zaratiegui- a los términos y alcances del Dictamen N° 176/16 de la Sra. Procuradora General (cfme. fs. 271/276 y vta.), motivo por el cual el Recurso de Apelación intentado por OSPECON deberá ser desestimado, con costas (Artículo 68 del CPCyC).

MI VOTO.

La señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI dijo:

Adhiero al voto y solución propuesta por la señora jueza preopinante doctora A.C.Zaratiegui.

MI 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 interpuesto a fs. 57 y vta. y fundado a fs. 90/97 y vta. por la Obra Social del Personal de la Construcción (O.S.PE.CON) contra la sentencia dictada por la Jueza a cargo del Juzgado de Familia n° 7 de esta ciudad, obrante a fs. 34/37 y vta., por las razones dadas en los considerandos. Con costas (art.68 CPCC).

Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Juzgado de origen.

Constancia: Que no suscribe la presente la señora Jueza doctora L.L.Piccinini por encontrarse en uso de licencia por Compensación de FERIA, no obstante haber participado del acuerdo. (art.39 L.O.).

Fdo.: APCARIÁN en disidencia- ZARATIEGUI - BAROTTO - MANSILLA - ANTE
MI: LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION:

Tomo: III

Se.Nº 159

Folio Nº 557/563