

///MA, 12 de julio de 2018.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Adriana C. ZARATIEGUI, Ricardo A. APCARIÁN, Sergio M. BAROTTO, Liliana L. PICCININI y Enrique J. MANSILLA, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "MONTEVECCHIO VALERIA C/ MEDICUS S/ AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° 29812/18 -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

La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI, dijo:

#### ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 77 y fundado a fs. 85/87 por la Dra. Stella Maris Viudez, en representación de la Sra. Elsa González por su hija Valeria; y a fs. 79/80 vta. por el Apoderado de MEDICUS, ambos contra la sentencia de fs. 74/76, contestados a fs. 92/94 por el apoderado de la requerida y a fs. 96/98 por la Defensora de Pobres y Ausentes, respectivamente.

La sentencia n° 80 de fecha 18 de marzo de 2018 dictada a fs. 74/76 por la Sra. Jueza del Amparo, a cargo del Juzgado de Familia N° 7 de la III Circunscripción Judicial, resolvió hacer lugar parcialmente al amparo promovido ordenando a MEDICUS S.A hacer entrega de la medicación que prescriban los profesionales tratantes de la amparista, relativa a su tratamiento oncológico, “de acuerdo a la cobertura que corresponda”, en el plazo de 5 días de presentado el pedido médico en la obra social y la cantidad exacta de la misma.

A fs. 79/80 vta. Miguel Colombres, apoderado de MEDICUS, funda su recurso sosteniendo que el plazo de cinco días para la provisión de los medicamentos ordenados en la sentencia resulta demasiado breve, dado que depende de la disponibilidad de stock, siendo ello algo que no depende de su mandante.

Peticiona se amplíe el plazo fijado en atención a que el proceso para proceder a la entrega de dichos medicamentos puede llegar a demorar al menos siete días hábiles; y de no encontrarse los medicamentos en stock el plazo puede llegar a 10 días hábiles.

Ya respecto a la imposición de costas, señala que ello es injusto por cuanto MEDICUS se encontraba brindando la cobertura del 100% de los medicamentos oncológicos solicitados y al 40% de la medicación Fosaprepitant conforme normativa legal.

Agrega en punto al Portacath Titanium y de las agujas, que la demora estuvo relacionada con la indicación a la afiliada para que presentara órdenes médicas genéricas, circunstancia que recién ocurrió luego de interpuesta la demanda, habiendo cumplido la requerida con la compra respectiva.

A fs. 85/87 la Dra. Stella Maris Viudez se agravia en cuanto la sentencia causa a su asistida un daño a su salud al condenar a MEDICUS a hacer entrega de la medicación que prescriban los profesionales tratantes, de acuerdo a la cobertura que corresponda, sin expedirse respecto al planteo efectuado sobre el alcance de la misma.

Sostiene que la amparista asistida cuenta con un plus protectorio que otorga la ley a los pacientes oncológicos y se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad económica, lo cual le dificulta adquirir la medicación en la forma que lo pretende la obra social, con dinero de su propio peculio.

En tal sentido indica que el reclamo no es un reclamo antojadizo, pues aún en el caso de entender que se trata de una medicación “no oncológica” como lo pretende MEDICUS, la misma le fue y es requerida para paliar los efectos adversos de la quimioterapia; y agrega que los cuidados paliativos son aquellos destinados a brindar alivio al paciente que tiene una enfermedad grave o mortal (como en el presente: el cáncer) para mejorar su calidad de vida, siendo su objetivo evitar o tratar lo antes posible los síntomas y los efectos secundarios de su enfermedad y tratamiento.

Destaca que la ley 23.661 establece que el sistema de salud fue creado a efectos de procurar el pleno goce del derecho de la salud para todos los habitantes del país (art.1) en forma igualitaria y sin discriminaciones, por lo que las prestaciones deben ser integrales y humanizadas a fin de asegurar la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud (art. 2). Hace mención al art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual estableció las medidas que los Estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

En lo referido al Programa Médico Obligatorio (PMO) agrega que fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar - Resoluciones N° 201/02 y N° 1991/05 del Ministerio de Salud-, que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (conf. Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Causas 630/03 del 14-04-03 y 14/06 del 27-04- 06).

Por último, expresa que es inadmisibles negar en el caso la cobertura integral del

tratamiento aconsejado por el médico tratante, en tanto corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa a fin de optimizar la calidad de vida.

A fs. 92/94 el apoderado de MEDICUS, contesta los agravios señalando que el medicamento Fosaprepitant es antiemético no oncológico; agregando que no es de cobertura excepcional, ni legal, ni contractual.

Señala que hacer lugar a la petición del 100% de su cobertura significa ampliar las prestaciones que deben ser cubiertas de manera limitadas y determinadas en virtud de la cuota que abona el afiliado.

A su entender no puede imponérsele tal obligación no correspondiendo exigir coberturas que no han sido convenidas al momento de la celebración del contrato.

Asimismo se agravia de la imposición de costas señalando que MEDICUS en todo momento autorizó la medicación conforme la normativa vigente, nunca asumiendo una conducta ilegal o arbitraria que autorice a la actora iniciar las presentes actuaciones.

A fs. 96/98 la Dra. Stella Maris Viudez contesta los agravios de la requerida señalando que el tránsito de la enfermedad oncológica de su defendida amerita la adopción de todos los recaudos necesarios para cumplir con los plazos fijados por la Juez de grado.

Respecto a las costas, señala que su imposición responde al principio objetivo de la derrota.

A fs. 102/105 la Sra. Defensora General, Dra. María Rita Custet Llambí, sostiene que la sentencia impugnada no pondera de manera adecuada los derechos constitucionales y convencionales que amparan a la amparista, y por ende, no resulta un acto con fundamentación razonada y legal suficiente (art. 200 Const.Pcial).

Comparte el criterio de la Sra. Defensora, Stella Maris Viudez en cuanto la sentencia causa a su asistida un daño a su salud al condenar a MEDICUS a hacer entrega de la medicación que prescriban los profesionales tratantes, de acuerdo a la cobertura que corresponda, sin expedirse respecto al planteo efectuado sobre el alcance de la misma.

Considera que le asiste razón a la Defensora Pública, por cuanto el rechazo parcial de la acción de amparo resulta injusto, dado que la Sra. Valeria Montevecchio es una persona de 34 años de edad que padece una enfermedad oncológica muy grave -cáncer de hígado-, quien tuvo que interponer la presente acción de amparo por haberle negado la requerida la cobertura integral de la medicación que requiere para su tratamiento.

Agrega que eximirla del cumplimiento de brindar la cobertura del 100% de la medicación prescrita por el médico tratante de la amparista -fs.5/6-, implica no reconocer los derechos invocados en autos, los cuales tienen rango constitucional y

convencional (derecho a la salud, a la integridad y a la vida, como también el derecho a la igualdad arts. 33, 43, y 75 inc 22 de la Constitución Nacional, art. 59 de la Constitución Provincial, arts 4.1, 5.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el art. XI de la Declaración Americana de Derechos Humanos).

Expresa que la amparista se vio obligada a recurrir al auxilio de la justicia para obtener el reconocimiento de sus derechos, en razón de que la requerida no cumple con la provisión y entrega de los medicamentos necesarios para su tratamiento oncológico, específicamente del “fosaprepitant” (prescripto por su médico tratante), el cual sirve de prevención de las náuseas y vómitos ocasionados por el tratamiento de quimioterapia que atraviesa la paciente.

Entiende que si bien al momento de resolver se tuvo cierta consideración respecto del derecho a la salud de la afiliada (al entender que la amparista interpone la acción de amparo, no por gusto, sino por las dificultades que tiene para atravesar su dolencia, producto de su cáncer de hígado), finalmente se hizo lugar parcialmente al amparo, ordenando hacer entrega de la medicación que prescriban los médicos tratantes, relativa al tratamiento oncológico, de acuerdo a la cobertura que corresponda, dejando fuera de cobertura a la medicación necesaria para soportar el tratamiento oncológico.

#### DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 107/111 el Señor Procurador General, doctor Jorge Oscar Crespo, dictamina que se debe rechazar el recurso de apelación incoado por MEDICUS y hacer lugar a la impugnación de la parte actora revocando parcialmente la sentencia recurrida, ordenando la cobertura integral de la totalidad de la medicación prescripta en virtud del tratamiento oncológico de la afiliada.

Señala que en el devenir del proceso la pretensión ahora ha quedado delimitada al plazo de entrega de los medicamentos y la cobertura del 100% del remedio Fosaprepitant; y en este contexto a su entender- la magistrada no fundó adecuadamente su sentencia; en especial en lo referido a no reconocer más que el 40% de la medicación requerida, sin esforzarse en la justificación de la solución adoptada.

Respecto a las demoras en proveer la medicación tiene presente lo resuelto por este Tribunal en el precedente "JUAREZ" en cuanto "corresponde precisar que de las constancias de autos surge que la paciente requiere continuidad en una terapia, y en este sentido se interpreta que el objetivo es garantizar la provisión de la medicación oncológica en cantidad y tiempos necesarios, obviamente, todo ello con la adecuada

prescripción médica"... "Tal como se desprende de la sentencia, el objetivo es obtener para la amparista una provisión regularizada, mes a mes, del medicamento actualmente prescripto o el que indique su médico tratante, evitando por una parte un futuro incierto en la provisión y por la otra asegurarse la entrega de cualquier medicación que le sea prescrita, lo cual no implica sortear el mecanismo correspondiente que es el administrativo, el que deberá ser transitado acorde a la normativa vigente".

Señala que esta solución debe ir de la mano de la previa entrega, en debida forma, de las ordenes médicas correspondientes.

Ya en lo referido a la medicación y porcentaje a cargo de MEDICUS, señala que en el caso de los padecimientos oncológicos el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y es por ello que la legislación ha establecido que se debe otorgar la cobertura integral a estos pacientes, incluyendo aquellos medicamentos necesarios para hacer frente a todas las consecuencias emergente de la enfermedad.

Considera que la redacción ambigua del resolutorio en cuanto ordena "de acuerdo a la cobertura que corresponda" es imprecisa, correspondiendo incluir en la misma todo otro medicamento que resulte necesario para neutralizar los efectos adversos de la enfermedad que padece la afiliada y su tratamiento.

#### ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Ingresando en el análisis de los agravios expuestos es dable reiterar una vez más que pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 36/14 "MENDEZ" y Se. 112/16 "MONTENEGRO", entre otros).

Respecto a los agravios formulados por MEDICUS, adelanto que no cuentan con chances para prosperar, puesto que los argumentos esgrimidos no resultan suficientes a los fines de demostrar las deficiencias de la sentencia que ataca.

En el sub examine se encuentra acreditada la necesidad de la amparista de realizar el tratamiento oncológico, sin que MEDICUS haya arrimado elementos científicos o probanza alguna que demuestren que la prescripción médica del galeno tratante resulte errónea o injustificada.

Advierto que es incontrastable e indiscutible que se está ante una paciente oncológica

que merece el reconocimiento y goce de sus derechos. Repárese que este Superior Tribunal de Justicia ha señalado oportunamente, 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 paciente el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante (cf. STJRNS4 Se. 144/17 "GREGO").

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental (Fallos: 323:3229; 325:292, entre otros, cf. STJRNS4 Se. 144/17 "GREGO").

En punto al plazo fijado para la provisión de los medicamentos, tal como se ha señalado en "JUAREZ" (STJRNS4 Se. 28/18) la continuidad de la terapia que debe recibir la amparista no puede admitir ninguna clase de demoras; y es por ello que corresponde -obviamente merced al procedimiento administrativo correspondiente- garantizar la provisión oportuna y regular de la medicación oncológica en cantidad y tiempos ajustados.

Ya respecto a la imposición de costas, en virtud del principio objetivo de la derrota corresponde rechazar el agravio de la requerida. Se ha señalado que la naturaleza resarcitoria de las costas está referida a los gastos causídicos ocasionados al litigante que ha tenido necesidad de recurrir a la justicia para que se le reconozca su derecho (STJRNS1 Se. 40/13 "SANTINI"). Tal es el caso de autos, por lo que corresponde la confirmación de dicha imposición.

Por otra parte, pasando a analizar el recurso incoado por la amparista, se coincide con lo dictaminado por la Sra. Defensora General en cuanto atento el precario estado de salud de la accionante -cáncer de hígado, enfermedad grave que merece especial consideración por parte de la judicatura- corresponde que la requerida otorgue la cobertura del 100 % de la medicación aconsejada por su médico tratante, tanto en relación a la medicación oncológica propiamente dicha, como así también a aquellos medicamentos suministrados para que soporte el tratamiento oncológico, incluyendo los cuidados paliativos.

Además, tal como lo señala la Procuración General, es ambigua la redacción del resolutorio al ordenar “de acuerdo a la cobertura que corresponda”. Tal expresión es imprecisa, y no cabe sino entender que corresponde el 100% de toda aquella medicación que se requiera, conforme lo indique el médico tratante, tanto respecto a la “oncológica”, como todo otro medicamento que resulte necesario para neutralizar los efectos adversos de la enfermedad que padece la amparista.

Si bien es cierto que la base del vínculo entre la paciente y la requerida es de naturaleza convencional y que la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede presentar determinados rasgos mercantiles, también lo es que esas entidades adquieren un compromiso social con sus usuarios, en tanto el objeto de tales contrataciones es proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas; siendo parte integrante y necesaria del tratamiento de la amparista el suministro de la medicación indicada por el médico tratante.

Cuando están en juego el derecho a la vida o a la salud e integridad física de una persona, las instituciones que integran el sistema nacional de salud deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del Programa Médico Obligatorio, dado que éste fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que se deben garantizar (piso prestacional), que no puede derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas (primer derecho de la persona garantizado por la Constitución Nacional y tratados internacionales), valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (CSJN, fallos 323:3229 y 324:3569).

En este sentido y ante los requerimientos planteados por el médico tratante y la falta de prueba científica en contra por parte de la accionada, no corresponde contraponer manifestaciones de neto contenido contractual. No se desconoce que la requerida 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 (cf. STJRNS4 Se 140/16 “AVILA”).

#### DECISIÓN

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto a fs. 79/80 vta. por MEDICUS y hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 77 por la actora revocando parcialmente la sentencia impugnada, ordenando la cobertura integral de la totalidad de la medicación prescrita en virtud del tratamiento oncológico de la afiliada. Con costas

(cf. art.68 CPCC).

Regular honorarios de los letrados de la parte actora y de la requerida en el 30% y 25% respectivamente de lo regulado en primera instancia.

#### MI VOTO

El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN, dijo:

Adelanto que adhiero a la solución propiciada en el voto ponente.

Ello así, en tanto a fs. 114 previo a emitir mi voto, solicité como medida para mejor proveer, se requiera al Dr. Gabriel Navarro, del Cuerpo Médico Forense de la ciudad de Viedma, informe a este Tribunal, a los mismos fines de lo peticionado a fs. 31, en particular si la medicación "Fosaprepitant" indicada por el médico tratante del amparista para paliar los efectos adversos del tratamiento de quimioterapia debe ser considerada oncológica o no; y si en el caso particular de autos el medicamento "Ondansertron" es sustituto adecuado del "Fosaprepitant" prescripto por el médico tratante del amparista.

Es así que a fs. 116/117 vta. el Dr. Gabriel Navarro informó a este Tribunal que el medicamento "Fosaprepitant" es indicado en el tratamiento de la emesis producida por los fármacos antineoplásicos, siendo considerado parte integrante del tratamiento oncológico.

Sostiene que tanto este medicamento como el "Ondansertron" tienen el mismo efecto farmacológico, con diferente mecanismo de acción, siendo el "Fosaprepitant" más efectivo en la terapéutica de la emesis, aplicado solo, con corticoides o en suma con el "Ondansertron".

En función del informe señalado considero que, efectivamente, la medicación indicada es parte integrante y necesaria del tratamiento de la amparista, sumado a que el Programa Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que se deben garantizar (piso prestacional), que no puede derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas.

En definitiva, ante los requerimientos formulados por el médico tratante, el dictamen obrante a fs. 116/117 vta. y la ausencia de prueba científica en contra por parte de la requerida, no corresponde contraponer manifestaciones de neto contenido contractual. No se desconoce que la requerida 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 (cf. STJRNS4 Se 140/16 "AVILA").

#### DECISIÓN

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto a fs. 79/80 vta. por MEDICUS y hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 77 por la actora revocando parcialmente la sentencia impugnada, ordenando la cobertura integral de la totalidad de la medicación prescrita en virtud del tratamiento oncológico de la afiliada. Con costas (cf. art.68 CPCC).

Regular honorarios de los letrados de la parte actora y de la requerida en el 30% y 25% respectivamente de lo regulado en primera instancia.

MI VOTO

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO, dijo:

Adhiero a los votos precedentes de la Dra. Zaratiegui y del Dr. Apcarián. MI VOTO.

La señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI y el señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA, dijeron:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.). NUESTRO 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. 79/80 vta. por MEDICUS y hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 77 por la actora revocando parcialmente la sentencia impugnada, ordenando la cobertura integral de la totalidad de la medicación prescrita en virtud del tratamiento oncológico de la afiliada. Con costas (cf. art.68 CPCC).

Segundo: Regular honorarios de los letrados de la parte actora y de la requerida en el 30% y 25% respectivamente de lo regulado en primera instancia.

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

Fdo.: ZARATIEGUI - APCARIÁN - BAROTTO - PICCININI EN ABSTENCION - MANSILLA EN ABSTENCION ANTE MI: ARIZCUREN SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: T° I SE.N° 71 F° 244/248 SEC.N° 4.-