

///MA, 18 de junio de 2013.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Enrique J. MANSILLA, Sergio M. BAROTTO y Gustavo AZPEITIA, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "POLICH ENRIQUE ALBERTO C/ SWISS MEDICAL GROUP S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL.) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 26412/13 -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 O N- - - - -

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:- - - - -

-----Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal, en virtud del recurso de apelación presentado a fs. 84/98, por el Apoderado de SWISS MEDICAL S.A., contra la Sentencia N° 92 de fecha 28 de diciembre de 2012, dictada por la Juez de Cámara del Trabajo de General Roca, Dr. Diego Brogгинi, a fs. 66/73, que hizo lugar al amparo y ordenó la cobertura, al accionante, del 100% para que se realice la práctica de "radioterapia de intensidad modulada", el día 3 de enero de 2013, según prescripción de su médica oncóloga, bajo apercibimiento de sanciones conminatorias.- - - - -

-----El actor padeció un antecedente de carcinoma de colon, en el año 2010, del que fuera operado con tratamiento adyuvante de quimioterapia, y ahora se le detectó un adenocarcinoma de próstata, con compromiso del 80% de ambos lóbulos, por lo que se le indica Radioterapia de Intensidad Modulada para disminuir la toxicidad intestinal, teniendo en cuenta que dicho tratamiento tiene intención curativa necesitando altas dosis de radiación en el órgano enfermo.- - - - -

-----Ante la negativa en la cobertura de la radioterapia indiciada y como afiliado de SWISS MEDICAL S.A interpone la presente acción de amparo a efectos de que le sea cubierto dicho tratamiento.- - - - -

-----Por su lado, la Obra Social requerida sostuvo que la práctica solicitada se halla expresamente excluida en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y ofrece radioterapia 3D que está incluida dentro de las prácticas cubiertas por el plan médico contratado y la

normativa vigente poniendo a su disposición la suma de \$ 19.155,87 equivalente al valor que se abonaría por la practica ofrecida.- - - - -

-----El Juez del Amparo, invocando los antecedentes de este Cuerpo en especial, “Arvigo”-, reseñando la normativa aplicable y teniendo en cuenta la opinión de la médica tratante y su justificación profesional para la práctica de Radioterapia de Intensidad Modulada prescripta, entendió que correspondía hacer lugar al amparo interpuesto, debiendo cumplirse inmediatamente con la práctica (3 de enero de 2013) a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la salud.- - - - -

-----Ante lo así resuelto el apoderado de SWISS MEDICAL S.A., se agravia por considerar que la Sentencia recurrida es nula por haberse dictado en forma unipersonal por un vocal integrante de la Cámara Laboral sin que se manifieste el Tribunal.- - - - -

-----También entendió que se violentó la normativa infraconstitucional, la división de poderes, derecho al debido proceso, defensa en juicio, derecho de propiedad, libertad contractual, entre otros. - - - - -

-----Señaló que el juez del amparo al entender que el PMO no constituye por si solo una limitación que impida el reconocimiento, se aparta de dicho Programa sin ningún tipo de análisis en materia de salud, como también lo hizo respecto de los alcances del contrato que vincula al actor con la empresa. -

-----Consideró que el tratamiento de IRMT solicitado, ya existía al momento de aprobarse la última versión del PMO en el 2005 por lo que debe concluirse que el legislador no tenía razones para incorporar dentro de las prestaciones médicas obligatorias a la solicitada en este amparo, con lo cual, no puede el Juez convertirse en legislador sin contrariar la Constitución violentando de esta manera la división de poderes.- - - - -

-----También entendió que la justificación de la sentencia en la opinión de la médica tratante sin la manifestación expresa sobre que el paciente no pueda recibir otro tipo de tratamiento que no sea el de IRMT resulta infundada y en todo caso debió demandarse al Estado Nacional como principal garante de los derechos de los ciudadanos.- - - - -
- - - - -

-----Finalmente solicitó que las costas sean por el orden causado toda vez que la

cuestión discutida resulta novedosa y compleja, creyéndose el amparista con derecho a resistir lo propuesto por la empresa de medicina prepaga, planteando supletoriamente apelación por ser los honorarios regulados excesivamente altos.-

-----Al contestar el traslado de la expresión de agravios, la amparista invoca la improcedencia del recurso, invoca lo resuelto por este Superior Tribunal en autos “ARVIGO”. En lo relativo a la falta de obligación por tratarse de una obligación no incluida en el PMO, aparece como una postura excesiva y manifiestamente rigorista, contraria a la normativa Constitucional y de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, resultando la postura de la accionada contraproducente con sus fines.- - -

-

-----Respecto a la vinculación entre las partes se concreta a través de un contrato de adhesión y consumo, reglado por la ley 24240 cuya interpretación debe realizarse siempre a favor del beneficiario. Por último sostiene que no hay motivo para apartarse del principio general establecido en el art. 68 del CPCC.- - - - -

- - - - -

-----A fs. 110/121 obra dictamen de la Sra. Procuradora General quien entiende que los agravios no pueden prosperar.- - - - -

-----Considera que resulta improcedente el cuestionamiento relacionado con la nulidad del fallo impugnado toda vez que el artículo 43 de la Constitución Provincial prescribe la interposición ante cualquier Juez letrado, aún perteneciendo a Cuerpo colegiado.- - - -

- - - - -

-----Luego, respecto a los restantes agravios entiende que no resultan suficientes a los fines de demostrar las deficiencias del fallo que ataca, la cual en mayor parte reitera cuestiones ya introducidas al momento de contestar el informe oportunamente requerido. Por el contrario, sostiene que la sentencia del Juez del Amparo ha sido debidamente motivada en los máximos postulados legales y supra legales que hacen al derecho de la Salud, siguiendo antecedentes que han marcado el criterio del Superior Tribunal de Justicia y de la Procuración General en casos similares, lo que redundaría en la ausencia de contundencia en los agravios, resultando ello claramente óbice para la procedencia del recurso incoado, atento los fundamentos enarbolados por el sentenciante.- - - - -

-----Pues bien, pasando ya a resolver el conflicto planteado en autos corresponde en

primer término analizar el cuestionamiento de nulidad del fallo recurrido con sustento en el dictado individual de la Sentencia por parte de un Juez integrante de un cuerpo colegiado.-----

-----Al respecto corresponde señalar que tal postulación resulta improcedente toda vez que el artículo 43 de la Constitución Provincial claramente señala que la acción de amparo puede promoverse ante el Juez letrado inmediato, sin distinción de fueros o instancias y aunque forme parte de un tribunal colegiado. Por la claridad del texto constitucional resulta innecesario mayor fundamentación. Tal como se advierte de fs. 10 la acción ha sido interpuesta de modo individual ante el Dr. Diego Broggni.- - -

-----Ahora bien, ingresando al fondo de la cuestión, esto es: la afectación al derecho de la salud invocado por el accionante, se advierte que los agravios en tal sentido tampoco han de prosperar.

-----Ello así atento el presente caso 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.- -

-----En tal sentido en autos “ARVIGO”, Se. 56/11, se recordó 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. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. 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. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademécum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes. Este artículo debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 16 en cuanto se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana”.- - - - -

-----(...) “Lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc. 22CN) reafirma el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida. Y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina pre-paga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 “AMR y otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; N° especial “Bioética” X Aniversario, Lexis Nexis)”.- - - - -

-----Ahora, en cuanto a la alegada falta de cobertura por no estar en el Plan Médico Obligatoria, este Cuerpo ha señalado reiteradamente que resulta procedente la acción de amparo promovida contra una empresa de medicina prepaga a fin de que provea a un afiliado la cobertura de la práctica indicada por el médico tratante aún cuando no esté en el PMO pues la obligación de la accionada no puede limitarse a dicha lista, desde que la finalidad perseguida por dicho plan, 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 23661 (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 04-09-07 Vieyra Spangenberg, J. A. J. c. CEMIC (Conf. Se. N°25/10 en autos: “A., P. s/ AMPARO s/ APELACION”).- - - - -

- - - -

-----En tal sentido es procedente el amparo cuando se advierta de modo manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas reconocidos por el texto constitucional, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a otros procedimientos ordinarios, ya sean administrativos o judiciales.-

-----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.-----

-----En cuanto a la afirmación del apelante en relación a que el juez del amparo solo ha tenido en cuenta la opinión del médico tratante respecto del tratamiento a seguir, soslayando lo ofrecido por su defendida, es necesario reiterar que ha de tenerse como principio rector la calidad de vida del paciente, tal como lo sostuvo este Cuerpo (Conf. Se. Nº 102/12 en autos "R., P. A. S/ AMPARO S/ APELACION") en cuanto 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.-----

-----Por todo lo expuesto resulta que el fallo cuestionado posee la fundamentación suficiente, pues ha sido dictado en resguardo del derecho constitucional a la salud sin que los agravios expuestos logren conmover la justicia del fallo, razón por la cual el recurso de apelación intentado no puede prosperar. Con costas, por resultar el recurrente el perdidoso (art. 68 CPCC). -

-----MI VOTO.-----

Los señores Jueces doctores Sergio M.BAROTTO y Gustavo A. AZPEITIA, dijeron:- -

-----Adherimos al voto y solución propuesta por el señor Juez preopinante.-----

-----ASI VOTAMOS.-----

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 84/98, por el Apoderado de SWISS MEDICAL S.A., confirmando la Sentencia N° 92 de fecha 28 de diciembre de 2012, dictada por la Juez de Cámara del Trabajo de General Roca, Dr. Diego Broggini, obrante a fs. 66/73, por los fundamentos dados en los considerandos. Con costas (art. 68 CPCC).-----

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

Fdo.: ENRIQUE J.MANSILLA JUEZ SERGIO M. BAROTTO JUEZ GUSTAVO A. AZPEITIA JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO II SENT. N°70 FOLIO 471/479 SEC. NRO. 4