

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SECRETARIA N° 4 CAUSAS ORIGINARIAS**

SENTENCIA N° 58/2020

VIEDMA, 22 de junio de 2020.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Enrique J. Mansilla, Adriana C. Zaratiegui, Sergio M. Barotto, Ricardo A. Apcarian y Liliana L. Piccinini, con la presencia de la señora Secretaria doctora Ana J. Buzzeo, para el tratamiento de los autos caratulados: “**G. E., J. S/ AMPARO S/ APELACION**” (Expte. N° **H-1VI-126-C2020 // 30749/20-STJ**), elevados por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 de la Iª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de Viedma, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud de la concesión a fs. 122 -con efecto devolutivo en cuanto al punto I y suspensivo respecto del punto II- del recurso de apelación interpuesto y fundamentado a fs. 106/113 por los letrados de Aca Salud, doctores Pedro Francisco Casariego y Damián Torres, contra la sentencia dictada a fs. 93/102 vta. por el señor Juez doctor Leandro Javier Oyola, a cargo del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 de la Iª Circunscripción Judicial, que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la señora J.G.E. y -en lo que aquí interesa- ordenó a la requerida que en el término de 72 hs. de notificada le haga entrega de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel” en la medida prescripta para que pueda continuar con su tratamiento de forma regular y proceda, asimismo, a la cobertura de los estudios genéticos solicitados por dicho profesional, denominados “mutación de BRCA 1 y 2” e “inmunohistoquímica para definición de inestabilidad de microsatélite (MLH1 MSH2 MSH6 PMS2)”. Además, condenó a Aca Salud a efectuar la devolución de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel” conforme pautas establecidas en el Considerando IV.2.

Para decidir de ese modo, el Magistrado tuvo por acreditado que la amparista padece denocarcinoma de páncreas en un estadio avanzado (Estadio IV), con diseminación local y metástasis a distancia (hígado, columna vertebral) requiriendo tratamiento de quimioterapia de índole paliativo, siendo el criterio del médico tratante que el actual abordaje precisa el suministro de la medicación “nab-paclitaxel” y la realización de los estudios genéticos denominados “mutación de BRCA 1 y 2” e “inmunohistoquímica para definición de inestabilidad de microsatélite (MLH1 MSH2 MSH6 PMS2)”.

Advirtió que la negativa de cobertura de Aca Salud se debe al disímil criterio que respecto al tratamiento de la paciente tienen el médico tratante y los médicos auditores de aquella. En relación a tal extremo, consistente en cuál tratamiento seguir -el recomendado por su médico tratante o el que aconseja la obra social-, sostuvo que el Superior Tribunal de Justicia ya se ha expedido en numerosos precedentes, citando distintos fallos que se inclinan por la primera opción.

Entendió que no existe mérito para apartarse de los términos del informe del Cuerpo de Investigación Forense, más aún cuando la impugnación que la accionada formula a su respecto se limitó a reproducir la disidencia de criterios de tratamiento que la auditoría médica ya mantenía con el galeno tratante.

Señaló que en relación a los estudios genéticos, su utilidad también se ha visto refrendada por el informe mencionado que destaca su doble finalidad, cual es brindar información que puede resultar útil a nivel familiar para su asesoramiento genético y determinar la posibilidad de optar por distintas líneas de tratamiento para el cuadro de la paciente.

Alegó que sobre ese aspecto se ha expedido el médico tratante en su informe ampliatorio, en donde refiere que de existir las mutaciones genéticas que los estudios tienden a determinar, existen medicamentos disponibles para su abordaje, lo que redundaría en una mejor calidad de vida de la paciente.

Sostuvo que el rechazo de la prestación por parte de Aca Salud colisiona con los términos del plan de cobertura que dicha entidad prestadora otorga a la amparista, tornando su obrar en arbitrario e ilegal.

Respecto a la devolución a la amparista de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel”, enfatizó que en audiencia videograbada Aca Salud requirió las ordenes actualizadas a los fines de efectuar esa cobertura y depositar el monto correspondiente, mientras que la accionante solicitó su entrega en especie para su devolución a quien las suministró.

Concluyó que teniendo en cuenta que “no hay controversia respecto de la devolución sino, en su caso de cómo efectuarla” corresponderá que se informe y acredite por parte de la amparista y el médico tratante la cantidad de droga suministrada desde el 03-02-2020 a la fecha de la sentencia y, cumplido ello, Aca Salud deberá efectuar la devolución en el plazo de 10 días de determinada la cantidad correspondiente.

2. Agravios del recurso:

Los recurrentes a fs. 106/113 plantean de manera preliminar la nulidad de la sentencia de fecha 07-05-2020 por entender que se habría incurrido en un grave error de procedimiento -que radicaría en que se ha dictado el fallo sin haber ordenado el correspondiente informe que prevé el art. 8 de la Ley de amparo 16986 ni la apertura a prueba que surge del mismo cuerpo normativo, y sin mediar traslado de la demanda ni haberse digitalizado a la fecha- privando a su parte del ejercicio de su derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional).

Subsidiariamente, interponen recurso de apelación solicitando se revoque el decisorio en crisis. Se agravian en primer lugar al considerar que la sentencia resulta arbitraria por cuanto no se ha respetado el procedimiento legal vigente, esgrimiendo similares términos a los expuestos precedentemente.

Aluden que el pronunciamiento transgrede el principio de congruencia, incurre en *reformatio in peius* y vulnera el derecho de defensa de la accionada, toda vez que se solicita la devolución de las dosis de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel”, cuyas aplicaciones fueron efectuadas meses antes del inicio de la acción y del dictado de la sentencia impugnada, siendo que ello no fue objeto del presente amparo.

Manifiestan que también agravia a su parte la conclusión del Magistrado respecto de los estudios genéticos solicitados por el médico tratante, entendiendo que dicha interpretación refleja que en ningún momento ha prestado atención a los informes realizados por la auditoría médica de Aca Salud.

Afirman que no se han expresado en el fallo consideraciones respecto de si se encuentran o no configurados los requisitos exigidos para la procedencia de la presente acción y agregan que el único fundamento brindado resulta insuficiente y genérico dado que se limita a citar un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin realizar análisis alguno.

Se agravian de lo resuelto por el Juez de amparo en el punto IV, criticando que se asimile lo dictaminado por el Cuerpo de Investigación Forense con lo prescripto por el médico tratante, pues entienden que de dichos informes surge que existen tres esquemas de cobertura para tratar la dolencia de la amparista habiendo ofrecido la requerida la cobertura integral de dos de ellos pero, por discrecionalidad del oncólogo tratante, el esquema escogido ha sido el tercero, el cual la auditoría médica de la entidad considera no aplicable a la accionante.

Alegan que si lo que intenta definir el *a quo* se refiere a las condiciones de contratación vigentes entre las partes, no resulta el marco de la presente acción el contexto adecuado para discutir al respecto.

Niegan que Aca Salud haya ofrecido el reintegro por las dosis de medicación suministradas a la amparista con anterioridad a la presente acción. Precisan que el amparo no procede en la pretensión de reintegro planteada, ya que se admite la posibilidad de interponer una acción ordinaria con el objeto de recuperar las sumas abonadas por su parte, o en su caso, corresponde al médico tratante iniciar una acción ordinaria con el fin de recuperar las supuestas dosis de medicación que hubieran sido utilizadas discrecionalmente por él para tratar a la amparista con anterioridad a la interposición de la presente acción.

3. Contestación del recurso:

Al contestar el traslado conferido a fs. 123/136 la amparista opone excepción de falta de personería afirmando que los presentantes no han invocado el carácter en que realizaron su presentación ni acreditado personería conforme lo requiere el art. 347 inc. 2 del CPCC.

Aduce mala fe en el inoportuno planteo de nulidad presentado por Aca Salud y solicita sanción de apercibimiento por temeridad y malicia de parte de la accionada conforme art. 45 del CPCC.

Advierte que no se puede afirmar que existió un grave error de procedimiento por cuanto el pedido de informe existió al igual que la contestación, la audiencia y el llamado de autos, y añade que la acción de amparo interpuesta junto con la documentación presentada fue remitida al doctor Casariego vía electrónica y en formato PDF tal como ha sido certificado por el Secretario del Juzgado con fecha 13-05-2020. Agrega que concedida la audiencia peticionada por Aca Salud, en fecha 24 de abril, el letrado de la accionada nada dijo respecto del procedimiento llevado hasta ese momento.

Menciona que Aca Salud confunde el procedimiento de la acción de amparo con cualquier proceso ordinario y que el informe requerido no puede ser negado por cuanto fue agregado a la causa.

Expresa que resulta una absoluta falsedad que el *a quo* ha vulnerado el principio de congruencia y violentado el derecho de defensa al ordenar la devolución de los medicamentos “Gemcitabine y nab-paclitaxel”, por cuanto el objeto de la presente acción fue que la accionada cumpla con las prestaciones que le fueron requeridas desde el 21-01-2020, por lo que no hacer lugar a la entrega de la medicación significaría echar por tierra el amparo interpuesto.

Sostiene que la prueba producida en autos, los dictámenes o informes de los profesionales que se pronunciaron, resultan ser elementos que sustentan la razonabilidad de la sentencia.

Refiere que los argumentos “pseudo científicos” expuestos por Aca Salud resultan irrelevantes puesto que el contrato que la une con la accionante es el de prestar el servicio médico/farmacológico que solicita el médico tratante y agrega, al respecto, que los fundamentos médico/científicos fueron exhaustivamente expuestos por el doctor Kowalyzsyn y la doctora Panetta (Cuerpo de Investigación Forense) a los cuales remite.

Alega que los derechos constitucionales conculcados han sido más que justificados y el criterio de admisibilidad del amparo suficientemente analizado y fundado en jurisprudencia, resultando extemporáneo el planteo al respecto.

Considera que el escrito recursivo resulta reiteratorio de los argumentos y presentaciones/impugnaciones realizadas por la accionada, y violatorio de la teoría de los actos propios.

Relata que la requerida pretende incursionar en una discusión respecto de los alcances del contrato celebrado entre Aca Salud y la amparista, cuando aquel ha sido reconocido por la accionada y la grilla con el porcentaje de cobertura ante la enfermedad que padece la accionante ha sido suficientemente acreditada en autos, por lo que resulta falso lo expuesto al respecto.

Manifiesta en relación al agravio referido a la devolución de la medicación, que en la audiencia de conciliación la accionada realizó una propuesta consistente en abonar el cincuenta por ciento de su valor que, hasta la fecha, se había negado a entregar para el tratamiento dispensado a la amparista desde el mes de enero/febrero.

4. Dictamen de la Procuración General:

El señor Procurador General, doctor Jorge Oscar Crespo, a fs. 146/154 vta. dictamina que se debe rechazar el recurso incoado por Aca Salud, confirmando la sentencia atacada, toda vez que no logra demostrar el eventual desacierto en que habría incurrido el Magistrado.

Sostiene que los recurrentes desconocen las características especiales de la cédere vía constitucional transitada -prescripta por el art. 43 de la Constitución Provincial- y añade que el planteo de nulidad no merece ser receptado, en tanto luce evidente del ejercicio de la labor profesional de los letrados de la requerida, que no se ha producido afectación a su derecho de defensa.

Observa en relación al planteo de excepción de falta de personería del representante de Aca Salud, que no deben olvidarse las especiales circunstancias de aislamiento social merced a la pandemia del Covid-19 en las que se está desarrollando el presente expediente de amparo -de lo cual da cuenta el apoderado de la entidad accionada al presentarse a fs. 43 indicando las dificultades suscitadas-, ni se debe obviar que al desarrollarse la audiencia remota el Magistrado efectúa una referencia a cuestiones relacionadas con la personería (v. video, 00:58), a la vez que el secretario da cuenta al leer el acta respectiva que “ambas partes consienten las representaciones invocadas respectivamente” (v. minuto 14:21 de tal acto).

Afirma que los agravios impetrados por los letrados de Aca Salud centran su pretensión en criticar la determinación adoptada en el decisorio, persiguiendo imponer el criterio emergente de la auditoría médica de su mandante, sin refutar los fundamentos tenidos en mira por el Tribunal al momento de decidir.

Expresa que en las intervenciones de la médica forense (fs. 59/66 y 85/90) se han vertido importantes precisiones que permiten aseverar que la pretensión de la amparista merece ser receptada, tal como lo ha resuelto finalmente el Juez de amparo en el fallo en crisis.

Destaca que la sentencia valoró la prescripción del oncólogo tratante y que, a partir de allí, tuvo por evidente las consecuencias dañosas para la salud de la accionante que traería el hecho de no contar con la medicación y tratamiento indicado, sin que la requerida haya añadido motivos plausibles tendientes a superar lo resuelto.

Finalmente, en relación al planteo de los recurrentes en cuanto a que no procede a través de la acción del amparo la pretensión de reintegro, considera que, si bien en reiterados precedentes el Superior Tribunal de Justicia ha seguido tal línea, cabe tener presente el especial supuesto de autos, en tanto lo resuelto tiene su correlato con lo acaecido en la audiencia videograbada y con la propia actividad desplegada por la accionada en tal ocasión.

5. Análisis y solución del caso:

Ingresando en el análisis de los agravios adelanto que propicio hacer lugar parcialmente al recurso incoado, por las razones que a continuación expongo.

Liminarmente en cuanto al planteo de nulidad, corresponde precisar que previo al dictado de la sentencia, Aca Salud se presentó a fs. 33/35 contestando el informe oportunamente requerido -cf. constancias de fs. 28 vta./30-; que a fs. 43/46 vta. obra escrito suscripto por el apoderado de Aca Salud mediante el cual impugnó el informe del Cuerpo de Investigación Forense de la Iª Circunscripción Judicial -con documentación respaldatoria a fs. 68/79-; que en fecha 23-04-2020 se remitió al letrado de la accionada, vía electrónica, la acción de amparo interpuesta junto con la documentación presentada -cf. certificación del Secretario del Juzgado a fs. 114 y vta.-; que en fecha 24-04-2020 se celebró audiencia vía remota a través de la plataforma “Zoom” con la presencia del letrado de Aca Salud, doctor Casariego, -fs. 67 y 80- ; y que a fs. 92 luce constancia actuarial de la cual resulta que las partes “consienten el llamado de autos”.

En tal contexto, carece de sustento la alegada vulneración del derecho de defensa por lo que la nulidad planteada no puede prosperar.

En cuanto al agravio referido a que el Juez se basó en los fundamentos proporcionados por el médico tratante y, parcialmente, consideró los otorgados por el Cuerpo de Investigación Forense - CIF- desestimando sin más los argumentos que la accionada ha intentado ofrecer en su instancia de descargo, el recurrente insiste con aspectos que ya fueron tratados en la sentencia de amparo, sin que resulten suficientes para desvirtuar lo resuelto por el *a quo* al momento de ponderar la disidencia de criterios de tratamiento que la auditoría médica de Aca Salud mantenía con el galeno tratante y que mereció respuesta de la médica forense interviniente.

En tal sentido el Magistrado tuvo presente que este Superior Tribunal de Justicia ha expresado en reiteradas oportunidades que, en conflictos de esta naturaleza -entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud-, corresponde priorizar lo que el galeno 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 (STJRNS4 Se. 144/17 “Mangione”, entre otros).

A ello sumó el informe pericial -fs. 59/66- suscripto por la doctora Araseli C. Panetta – integrante del CIF- el cual resulta preciso en cuanto a la patología de la amparista, las posibilidades de tratamiento y la utilidad que pudieran tener los estudios genéticos prescriptos por el oncólogo tratante, llevando a la conclusión que *“La señora J. G. E. de 38 años, padece un cáncer de páncreas avanzado (estadío IV, con metástasis), que no respondió favorablemente a la primera línea de tratamiento quimioterápico instaurado; La indicación del esquema de tratamiento de segunda línea: GEMCITABINE + NAB-PACLITAXEL se condice científicamente con las recomendaciones nacionales e internacionales para el caso; La solicitud de los estudios genéticos (mutación BRCA 1 y 2; inestabilidad de micro-satélites) están recomendadas por las distintas sociedades científicas dentro del protocolo de atención para pacientes con éste tipo de patología, ya que aportan no solo orientación a la familia, sino nuevas alternativas de tratamiento”*.

Además, tales consideraciones fueron ratificadas por la médica forense y ampliados algunos conceptos, en oportunidad de responder la impugnación del informe citado -fs. 85/90-.

Es así que lo expresado por el Cuerpo de Investigación Forense avala la pretensión de la accionante en relación a la prescripción realizada por su médico tratante -cf. fs. 2/4, 7/8, 11 y vta. e informe obrante a fs. 31 y vta. ampliado a fs. 52/53- y en razón de ello es que corresponde rechazar el agravio.

Ciertamente, como lo advierte el Magistrado al fallar, resulta de aplicación al caso la postura sostenida por este Cuerpo en cuanto a que *“Debe darse preeminencia a los dictámenes provenientes del Cuerpo Médico Forense tanto sobre la opinión de otro perito designado en el expediente como sobre el consultor técnico de parte, cuando la discrepancia entre los profesionales no es esclarecida con elementos de juicio suficientemente convincentes que autoricen a apartarse de las conclusiones de los médicos forenses, pues como cuerpo que integra el Poder Judicial están garantizadas la imparcialidad y la corrección de sus informes”* (STJRNS4 Se. 64/17 “Toro”, Se. 158/19 “Hole”, entre otros), lo que confirma el acierto de la resolución en crisis.

Nótese que el presente caso ha sido resuelto a la luz del principio rector que en materia de salud mandan los máximos postulados constitucionales, en orden a las previsiones del art. 43 de la Constitución Provincial y de la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia en su interpretación y aplicación.

Sabido es 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: la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4; así también se reconoce en la Observación General N° 14 de 2000 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, art. 12. A su vez, el art. 59 de la Constitución Provincial reconoce a la salud como derecho esencial y bien social que hace a la dignidad humana; remarcándose además

que la Ley R 2739 declara de interés provincial la lucha contra el cáncer, los linfomas, las leucemias y demás enfermedades neoproliferativas malignas.

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. 80/18 “Mangione”).

Asimismo, se tiene presente 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 (STJRNS4 Se. 169/19 “Rodríguez”).

Y 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 (“Mangione”, ya citado).

Se advierte entonces que no se vislumbra en el presente caso una justificación atendible que permita a la accionada desentenderse del cumplimiento de la obligación impuesta en el punto I de la sentencia aquí impugnada.

Por otro lado, asiste razón a los recurrentes en cuanto a que no procede a través de la acción de amparo la pretensión de reintegro de medicamentos al médico tratante, pues aquella resulta ajena a la finalidad de este tipo de procedimiento extraordinariamente abreviado. La devolución de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel” suministrada a la amparista con anterioridad a la presente acción debe ser tramitada por otra vía.

Como bien señala el apelante en el *sub examine* se persigue el reintegro o reposición de una medicación que ha sido suministrada por disponer la clínica de dichas dosis con motivo de donación, tal como lo afirman el médico tratante a fs. 31 y el letrado patrocinante de la amparista en la audiencia.

Al respecto, este Tribunal ya se ha expedido en el sentido que el reintegro de los gastos de cobertura de las intervenciones realizadas con anterioridad a la presentación del amparo deberá ser deducido a través de una demanda ordinaria por ante el juez que corresponda, con competencia en razón del lugar y la materia, puesto que no es precisamente el trámite de amparo el ámbito ordinario y natural para su debate y resolución (cf. STJRNS4 Se. 4/18 “Romo”), por ello corresponde revocar la sentencia en este aspecto.

Por último, en relación a la excepción de falta de personería alegada a fs. 123 comparto los fundamentos esgrimidos en el dictamen de la Procuración General a los cuales me remito en orden a la brevedad.

6. Decisión:

Por todo lo expresado, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y fundamentado a fs. 106/113 por los letrados de Aca Salud y, en consecuencia, revocar la sentencia obrante a fs. 93/102 vta. en el punto II, en lo atinente a la devolución de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel” conforme las pautas establecidas en el considerando IV.2, y confirmar el punto I. Con costas por su orden en atención a la temática debatida en autos y el resultado obtenido (art. 68 2do. párr. del CPCC). MI VOTO.

La señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui y el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijeron:

Adherimos a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Enrique J. Mansilla y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

El señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian y la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijeron:

Atento la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en el orden de votación NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello:

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
RESUELVE:**

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y fundamentado a fs. 106/113 por los letrados de Aca Salud y, en consecuencia, revocar la sentencia obrante a fs. 93/102 vta. en el punto II, en lo atinente a la devolución de la medicación “Gemcitabine y nab-paclitaxel” conforme las pautas establecidas en el considerando IV.2, y confirmar el punto I, en atención a los fundamentos dados en los considerandos. Con costas por su orden en atención a la temática debatida en autos y el resultado obtenido (art. 68 2do. párr. del CPCC).

Segundo: Registrar, notificar y oportunamente, devolver al Tribunal de origen.

Firmado digitalmente: MANSILLA - ZARATIEGUI - BAROTTO - APCARIAN (en abstención) - PICCININI (en abstención)