--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil doce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos D. Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., B. M. c/ INSTITUTO DE SEGURIAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (S.E.R.O.S.) s/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expte. Nº 307-Año 2012)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es técnicamente suficiente el recurso de apelación sostenido a fs. 177/178?, SEGUNDA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 183. ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo J. López Mesa expresó: ----------

--- I. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 161/166) y su aclaratoria (fs. 170 y vta.) hizo lugar a la acción intentada por la Sra. B. M. G., condenando al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT (S.E.R.O.S.) a brindar cobertura total (100%) de la cirugía de implante coclear con provisión de prótesis nuecleus freedom en el oído izquierdo de la actora, a realizarse por el Dr. D. en el “C. d. I. C. P. D.” con asiento en la ciudad autónoma de Buenos Aires, encendido y calibrado post implante y de la totalidad de los gastos pre y post quirúrgicos que demande dicho implante; intimando a la demandada a dar cumplimiento con lo precedentemente ordenado en el plazo de DIEZ (10) días. Impuso las costas del proceso a la actora vencida, procediendo a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.--

--- II. El fallo es apelado por la representación letrada de la demandada y fundado con la pieza procesal de fs. 177/178, que contiene, en síntesis, los siguientes motivos de agravio: Luego de destacar que el apellido correcto de la actora es G. y no G. como se consignó en la sentencia recurrida, sostiene que la discusión se debe centrar en la relación entre la utilidad y recuperación para el afiliado que significa el implante coclear en un oído, en relación al costo que implica tal provisión y realización de la práctica. Manifiesta que los recursos de la Obra Social Seros se componen exclusivamente del aporte personal de los afiliados, (4% de sus haberes) y del Estado en su condición de empleador (5,5%) y que con estos recursos debe atender las necesidades de salud de todos sus afiliados, por lo que debe administrar esos recursos estableciendo prioridades. Hace notar que la Obra Social cubrió íntegramente y sin controversia alguna el implante en el oído derecho de la actora, pero que el caso en debate es el de una afiliada que oye perfectamente del oído derecho, que según los informes psicológicos tiene una vida social, personal, familiar absolutamente normal, incluyendo el dictado del idioma inglés y dado que el audífono utilizado en el oído izquierdo ya no le resulta suficiente para audir en tal oído, aspira a que se le realice un implante coclear en el mismo. Se pregunta si puede la Obra Social destinar a su realización la suma de

aproximadamente treinta mil dólares para proveer a un afiliado de un elemento sin el cual, igualmente se desenvuelve con normalidad en su vida diaria. Agrega que es legítima la aspiración de la afiliada, pero es tan legítima como la de la Obra Social que debe mirar para sus decisiones el grupo o masa total de la población de salud de sus afiliados. Afirma que la crítica al fallo debe verse en la falta de realización por parte de la actora del estudio multidisciplinario que exige el protocolo de la obra social, sin que esta exigencia haya sido motivo de cuestionamiento por la accionante. Agrega que, admitida tácitamente por falta de objeción la razonabilidad de la exigencia, hasta tanto ello no se cumplimente es legítimo denegar la cobertura solicitada, sin que la actuación del perito médico especialista, Dr. P. y los informes psicológicos sustituyan integralmente aquellos estudios. Concluye en definitiva, peticionando se revoque la sentencia recurrida y su aclaratoria, con costas.----------

--- A fs. 184/186 la representación letrada de la actora presenta el informe que dispone el artículo 11 de la Ley V – Nº 84, solicitando en primer lugar el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en virtud de carecer el mismo de los requisitos establecidos en el artículo 268 del C.P.C.C., dado que la recurrente incumplió la carga de efectuar una crítica concreta y razonada del fallo de primera instancia cuya revocación pretende. Agrega que los “agravios” vertidos, no parecen constituir una crítica de la sentencia de la juez de grado, a la cual no achaca ningún error en la interpretación de los hechos ni en la aplicación del derecho. Refiere que la accionada se ha limitado a efectuar referencias y remisiones que carecen de toda fuerza impugnativa, olvidando que lo que debe ser criticado es el fallo, no correspondiendo el replanteo de cuestiones ya examinadas ante el juez de primera instancia. Sin perjuicio de ello, sostiene la actora que la sentencia de primera instancia se ajusta a derecho por cuanto es respetuosa de la legislación internacional, nacional y provincial en materia de protección de las personas con discapacidad, por lo cual solicita en definitiva se rechace el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se confirme en todas sus partes la sentencia de primera instancia, con costas.----------

--- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a revisión, entrando a tratar el agravio sustancial planteado por el apelante relativo a la inconveniencia, desde un punto de vista crematístico, de atender a la cobertura de la operación solicitada por la actora, en vista de su edad y circunstancias, debo decir que encuentro inatendibles los argumentos vertidos por el apelante.----------

--- El agravio sustancial del recurrente corporiza básicamente un pretenso análisis económico del derecho, que pretende cobijarse bajo el ropaje de la razonabilidad del gasto.----------

--- Un planteo similar fue resuelto por el Tribunal Supremo de España quien resolvió que el derecho a la salud no es pasible de ser sometido a consideraciones crematísticas, salvo el supuesto de abuso evidente en un tratamiento que no traiga mejoramiento del paciente. Se dijo allí que el derecho de los familiares del niño “de

darle el que consideraban el mejor tratamiento médico no puede ser mediatizada por nadie y menos por quien resulta responsable del daño, ya que el perjudicado puede escoger el centro sanitario que más garantía le ofrezca en orden a recuperar la funcionalidad del órgano lesionado, y a ello sólo puede oponerse quien debe indemnizar, demostrando que el tratamiento médico o quirúrgico empleado no fue el adecuado o que el precio o importe a que asciende el mismo fue desorbitado" (Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, 20/10/98, fallo publicado en RJ 1998, 8844).----------

--- El derecho a la salud ha sido consagrado en la Constitución Nacional por el art. 42, estando también aseguradas por la misma norma la libertad de elección y las condiciones de trato equitativo y digno. De tal modo, el derecho cuya tutela solicita la actora es un derecho constitucionalmente reconocido, con grada máxima de protección.----------

--- Y si bien es cierto que en esa norma se lo enmarca dentro de la relación de consumo, coincidimos con jurisprudencia que ha decidido que el derecho a la salud no puede quedar circunscripto a la mención que realiza el art. 42 CN. para protegerlo en la relación de consumo, sino que reclama una interpretación más amplia (Juzg. Nac. Cont. Adm. Fed., n. 1, 18/03/1999, Adecua v. Estado Nacional, JA 1999-II-314).----------

--- Agudamente se ha dicho también que el derecho a la vida y, su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene una directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos amparados (Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 22/10/1993, Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal Gral. de Agudos de Mar del Plata, amparo, JA 1994-III-3).----------

--- Aclarado ello, frente al ejercicio de derechos constitucionales las objeciones debieran apuntar no al costo del tratamiento o a consideraciones que, en el fondo, implican una discriminación por razones de edad –la que no está amparada por texto legal alguno-, sino a argumentos basados en la inefectividad del tratamiento, lo que no ha sido planteado en alzada.----------

--- Es más, en un caso en que se pronunciara la Corte Suprema –en un caso que es invocable aquí- en el voto de la Dra. Highton se lee textualmente que "el plexo normativo que impone la asistencia integral de las personas con discapacidad debe ser aplicado con la misma energía cualquiera sea la edad del afectado, pues el derecho a la salud y a la vida no se dispensa con límites o restricciones ajenas a su universalidad y a su calidad primordial" (Corte Sup., 23/11/2004, G., M. L. y otros v. Dirección de Bienestar de la Armada y otro, Sup. JA 29/6/2005, voto Dra. Highton de Nolasco).--------

--- Si el obligado al pago de la cobertura del tratamiento médico no ha demostrado su inefectividad o la irrazonabilidad del gasto, no desde un punto de vista meramente económico, sino desde la óptica de obtener similar resultado a menor costo, debe primar la presunción de ejercicio legítimo de los derechos constitucionales invocados por la amparista.----------

--- En similar sentido se ha dicho en un fallo que la necesidad de continuar un tratamiento médico coloca al actor en situación de vulnerabilidad, por lo que no basta con que la empresa de medicina demandada se ampare en formales negativas o invoque normas facultativas de jerarquía infraconstitucional para negar la cobertura total, ello por cuanto al encontrarse en serio riesgo el derecho a la salud de una persona corresponde un abordaje no tan estrictamente contractual, sino uno que tenga en cuenta las características concretas del caso y las particularidades del sistema de salud -en el que la relación se inserta- por sobre un riguroso encuadramiento de la vinculación dentro de los negocios comerciales. Es que la atención sanitaria es considerada un derecho prestacional que impacta directamente en los deberes que cabe esperar cumpla el ente asistencial y en la razonabilidad con la que aquél se encuentra obligado a obrar al admitir o desestimar este tipo de solicitudes, siempre teniendo en cuenta que a la actora le resultaría muy difícil hacer frente al importante gasto del tratamiento prescripto dado su valor, su estado de salud y antecedentes médicos que imponen su necesidad. Corresponde entonces, aplicar las normas contenidas en las leyes 23661, 24754 y 24901 (C. Nac. Civ., sala L, 31/08/2006,CAMMI, Carlos A. F. v. MUTUAL MÉDICOS MUNICIPALES y otro s/amparo, en AbeledoPerrot online).----------

--- En el caso que nos ocupa no ha logrado el memorial de agravios poner en crisis al decisorio cuestionado, al no lograr conmover sus bases de sustentación a través de una crítica que patentice sus yerros y debilidades. Antes bien, el apelante se ha valido de una opinión suya, contraria a la de la a quo, que plasma una visión diferente del problema, sin dar apoyatura a esa tesitura, la que carece de todo punto de apoyo normativo y hasta jurisprudencial.----------

--- La orfandad campea en el encuadre jurídico de la pretensión revisora del recurrente, que no ha podido explicitar una plataforma jurídica que sirva de base a su pretensión revocatoria, no logrando derribar el razonamiento de la a quo.----------

--- Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 69 CPCC).----------

--- En cuanto a los estipendios profesionales, propondré la determinación de los de alzada correspondientes a los Dres. G. G. y L. F., letrados apoderados de la demandada, en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; y para la Dra. L. P. letrada apoderada de la demandada, en el 28% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; tales porcentuales se corresponde con la importancia, mérito, trascendencia, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A ESTA MISMA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Carlos Dante Ferrari: ----------

--- **I.** En el voto precedente el Dr. López Mesa ha hecho una reseña de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte apelante, de manera que no será necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, abordaré directamente la cuestión planteada, anticipando desde ya mi total coincidencia con las conclusiones expuestas por el distinguido colega preopinante.----------

--- **II.** Como se ha visto, la argumentación central de la demandada se ciñe a sostener que con los recursos recaudados debe atender las necesidades de salud de todos sus afiliados, por lo que debe administrar los mismos estableciendo prioridades. En ese contexto, plantea la irrazonabilidad de destinar la suma de aproximadamente treinta mil dólares para proveer a un afiliado de un elemento sin el cual, igualmente –afirma– se desenvuelve con normalidad en su vida diaria. En esta línea de razonamiento concede que es legítima la aspiración de la afiliada, pero es tan legítima como la de la Obra Social –sostiene– que debe mirar para sus decisiones el grupo o masa total de la población de salud de sus afiliados. Hace hincapié por último en la falta de realización por parte de la actora del estudio multidisciplinario que exige el protocolo de la obra social, sin que esta exigencia haya sido motivo de cuestionamiento por la accionante. Agrega que, admitida tácitamente por falta de objeción la razonabilidad de la exigencia, hasta tanto ello no se cumplimente es legítimo denegar la cobertura solicitada, sin que la actuación del perito médico especialista, Dr. P. y los informes psicológicos sustituyan integralmente aquellos estudios.---------- **III.** Sabido es que la finalidad fundamental de la pretensión objeto del amparo consiste en reparar, con la mayor urgencia posible, la lesión a un derecho constitucional de particular entidad (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, t. VII, p.137 – A. Perrot, Bs. As., 1982) y a no dudarlo, el derecho cuya protección se pretende, en tanto compromete la salud e integridad física de las personas (CSJN - Fallos: 302:1284), tiene rango constitucional (art.75, inc.22) y está reconocido por convenciones internacionales (art. 25, inc.1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art.12, inc. 2, ap. “d”, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 23.313 – en el mismo sentido, CNCiv. y Com. Federal – Sala II – 19/03/2012 - Causa nº 3156/2010 - “M.M. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo” – elDial.com - AA77A5).----------

--- **IV.** Así, en el caso que nos ocupa, el dictamen pericial practicado resulta sumamente esclarecedor acerca del cuadro clínico que presenta la actora, señalando la necesidad de contar con apoyo psicoterapéutico y un nuevo implante coclear en su oído izquierdo, “...dado que el audífono que usa (o usaba) no le reporta ganancia por el avance del deterioro auditivo progresivo que ha sufrido” (dictamen, fs. 143). Señala asimismo que la discapacidad auditiva que enfrenta “...le ha hecho retrogradar en su desarrollo lingüístico, social y laboral” (pericia, misma fs.) y que, con un nuevo implante, recuperaría la audición biaural. El mismo informe médico también permite comprobar

que la edad avanzada de la amparista no es una limitante y que, comparado con otras intervenciones quirúrgicas, “el hecho de ser un procedimiento electivo, de corta duración y con muy poca pérdida sanguínea hace que sea bien tolerado incluso por encima de los 80 años, con las técnicas quirúrgicas y anestésicas modernas” (pericia, fs. 144).----------

--- **V.** Como puede observarse, la argumentación en torno a la edad de la paciente ha quedado desvirtuada por los términos y consideraciones del informe médico ya citado. Al propio tiempo, se advierte asimismo que no resulta imprescindible en la especie realizar el estudio multidisciplinario previo a cuya realización pretende supeditar la obra social la prestación requerida, por cuanto la pericia practicada en autos aquilata eficacia convictiva, ya que exhibe adecuada fundamentación técnica, juzgado según las reglas de la sana crítica racional (art. 481 –antes 477– del CPCC, texto seg. Ley XIII N° 5; su doctrina).----------

--- Al respecto, tratándose de pericias científicas, he tenido ocasión de sostener que tales dictámenes aportan una prueba de cuyas conclusiones, en principio, sólo cabría apartarse por bien fundadas razones. Como lo ha expresado Michele Taruffo, catedrático en Italia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavía, (“La prueba, artículos y conferencias” – Monografías Jurídicas Universitas – Ed. Metropolitana, Santiago de Chile - 2008), “la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento epistémico, o sea, el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos. En consecuencia, también de la ciencia se hace un uso epistémico, en el sentido de que las pruebas científicas están dirigidas a aportar al juez elementos de conocimiento de los hechos que se sustraen a la ciencia común de que dispone. Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón. Por lo demás, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones, y elabora argumentos lógicamente válidos para sostener su decisión en hechos” (ob. cit. - p. 100 – conf. mi voto en Expte. 366 – año 2010 – SDC 26/10; entre otras).----------

--- **VI.** A mérito de las circunstancias fácticas examinadas, considero que en la etapa actual de la vida de la actora no se justifica seguir demorando la situación planteada ni es justo que se prolonguen los sufrimientos y molestias por ella padecidos; de lo contrario, se seguiría configurando una inaceptable lesión a un derecho que goza de protección constitucional. Al respecto, ha sostenido el más Alto Tribunal de la Nación en

punto a la protección de la salud que “la consideración de este aspecto resulta congruente con la obligación asumida por el Estado Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 12, apartados 1 y 2, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -incorporado a nuestro derecho interno por ley 23.313, con rango constitucional según lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental- en cuanto exige a los Estados firmantes el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, para lo cual se comprometen a crear las condiciones que aseguren, a todos, asistencia médica en caso de enfermedad” (voto de la jueza Highton de Nolasco en la causa "Gómez, Mirta Liliana"[Fallo en extenso: elDial.com - AA2861], publicado en Fallos: 327:5270; conf. C.S.J.N., – 06/03/2012 - P. 35. XLIV. – "P. de C., M. c/ Instituto de Seguros de Jujuy y Estado Provincial - elDial.com - AA74FD).----------

--- **VII.** Frente a los fundamentos del decisorio apelado, estimo que la pieza de agravios glosada a fs. 177/178 no despliega un razonamiento superador del juicio lógico expuesto por la sentenciante *a quo*, limitándose a reiterar argumentos que ya fueron considerados y desestimados en virtud de su insuficiencia para justificar la resistencia de la obra social demandada a cubrir la prestación requerida. A mi modo de ver, es inaceptable dejar librado al puro arbitrio de la obra social demandada la cobertura de prestaciones fijando “prioridades” no establecidas en las normas legales o reglamentarias, o seleccionando los casos que han de atenderse en base a consideraciones abstractas y genéricas de edad, “mesura y prudencia” o “buen criterio de razonabilidad” (ver contestación, fs. 92), bajo el argumento de una adecuada administración de los recursos, dada la “finitud” de los mismos y por tratarse de un “sistema solidario”. La jurisprudencia actual en la materia ha desestimado los cuestionamientos de las obras sociales sobre la conveniencia de la prestación formulados con sustento en disposiciones o criterios internos (ver, entre otros, CNCiv. y Com. Fed. – Sala I – 19/04/2012 - Causa 98/2011 - "G.; A.M. c/ Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo" - elDial.com - AA753F). En particular, la consideración acerca de la edad de la actora constituye, según mi opinión, una discriminación inadmisible; máxime teniendo en cuenta los términos del dictamen pericial practicado en esta causa, que demuestran que la mayor edad no es óbice para la práctica quirúrgica solicitada.----------

--- **VIII. Conclusiones:** ----------

---Por los fundamentos expuestos, concuerdo con el colega de primer voto en que deberá confirmarse el fallo en lo que ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente (art. 17, Ley V N° 84 –art. 69, C.P.C.C.). Comparto asimismo las regulaciones de horarios propuestas para retribuir las tareas profesionales en esta alzada –las que doy aquí por reproducidas en mérito a la brevedad– dado que las mismas se adecuan a la extensión, calidad, eficacia de las labores desplegadas y a los resultados respectivamente obtenidos, según las escalas arancelarias vigentes (arts. 5,

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

6, 8, 13, 18, 46 y conc., Ley XIII nros. 4 y 15).----------

--- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- 1) CONFIRMAR el decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios.----------

--- 2) IMPONER las costas de alzada a la apelante vencida.----------

--- 3) REGULAR los honorarios de los Dres. G. G. y L. F. en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; y los de la Dra. L. P. en el 28% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado.----------

---

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ----------

---Tal como ya lo adelanté, comparto la resolución propuesta por el Dr. López Mesa en todos sus términos, votando en sentido idéntico.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º ley V Nº 17).----------

--- Trelew, de septiembre de 2012.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR el decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios.----------

--- IMPONER las costas de alzada a la apelante vencida.----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. G. G. y L. F. en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; y los de la Dra. L. P. en el 28% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS DANTE FERRARI
PRESIDENTE

---REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.012 – SDF - CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO