En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., P. J. c/I. d. S. S. y S. d. l. P. d. C. (S.) S/AMPARO", expte. nro. 300 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 001/2013), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 215), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 187/195? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1. El fallo apelado.

El juez de grado hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por P. J. R. contra el I. d. S. S. y S. d. l. P. d. C. (S.), tuvo por parcialmente cumplidas algunas de las prestaciones indicadas para el mes de Enero/ 2013 y ordenó el cumplimiento de las que en el futuro se indiquen por los médicos tratantes: Dres. H. N. P., T. R. y M. T., con motivo de la continuidad del tratamiento médico prescripto, obligando a brindar total e integral cobertura (al 100%) de las prestaciones que resultan imprescindibles para cumplir el tratamiento médico

indicado mediante derivación a la C.A.B.A., consistente en: a) prestaciones médicas, b) costo de traslado: pasajes aéreos de ida y vuelta en avión comercial, según indicación médica, desde esta ciudad a la C.A.B.A. y viceversa, para el Afiliado con Condición de Discapacidad y su acompañante E. S. A. y c) otorgamiento de viáticos por un monto no inferior a $700, a fin de cubrir mientras dura el tratamiento médico los costos de: i) alojamiento para el peticionante y su acompañante, en lugar adecuado acorde a la discapacidad motora del requirente y durante el lapso que requiere el tratamiento médico indicado, ii) traslado y/ o movilización desde el lugar de alojamiento hasta el establecimiento médico y viceversa, 3 veces por semana, los días lunes, miércoles y sábados, a razón de $35 por viaje, $70 por día y $105 por semana y iii) alimentación para el requirente y su acompañante; asumiendo la accionada todos los costos, incluidos los honorarios profesionales, gastos, prácticas y estudios profesionales con o sin aparatos, traslado y regreso a y desde la C.A.B.A. en el transporte premencionado, traslado y permanencia en dicha ciudad del familiar acompañante y todo otro gasto que se devengue con motivo de su afección discapacitante, ordenando a la demandada arbitrar los medios necesarios para dar cumplimiento a la medida indicada. Sin perjuicio de ello, ordeno a la condenada a continuar prestando al amparista los recursos necesarios para completar las medidas adecuadas tendientes a hacer efectivo el tratamiento que requiere.

No fijó plazo de cumplimiento pues dadas las particularidades del caso dependerá de las condiciones en que se encuentre el actor para continuar recibiendo el tratamiento y las vicisitudes del mismo. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

2. El recurso de la demandada.

La demandada apeló y fundó -fs. 202/204-; el recurso fue concedido a fs. 205.

Los agravios expresados fueron dos; mediante el primero se cuestiona la procedencia del amparo, porque a su entender el juez no ha individualizado cual es la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Invoca un precedente del mismo juzgado correspondiente a un amparo promovido contra una prestadora de servicios públicos por un aumento de tarifa.

El segundo agravio se vincula con la condena a reconocer servicios de una profesional que fue desvinculada del sistema. Arguye además que el tratamiento brindado es experimental y que la acción constituye un dispendio jurisdiccional porque no se fundó en un acto arbitrario y que los fines paliativos que se persiguen pueden alcanzarse con tratamientos de reconocidos médico, contando su mandante con profesionales capacitados para atender el caso en el Hospital Italiano o el Hospital Británico de la ciudad de Buenos Aires o en toda la provincia, especialmente en esta ciudad en la que reside el actor.

El recurrente hace reserva del caso federal y pide la revocación del fallo.

3. Tratamiento de los agravios

El recurrente sostiene la improcedencia del amparo con base en consideraciones genéricas y manifiestamente insuficientes para refutar mínimamente el argumento nuclear del fallo que es la existencia de un deber prestacional incumplido por parte de la obra social demandada.

Huelga recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado al amparo como la vía más idónea para reclamar el cumplimiento de prestaciones relativas a la salud, en tanto su objeto es "la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental (Fallos: 259:196;; 263:296; 267:165, entre otros y Fallos: 324:3601, citados en la causa, "Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo").

Es que se trata del procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente tales derechos (Fallos: 321:2823; 325:292 y sus citas).

En igual sentido, se ha expedido nuestro Excmo. Tribunal Superior de Justicia local, en autos caratulados: “W., V. y H.M., R. D. s/ Acción de Amparo” (Expte. Nº 22.006-W-2010), afirmando que: “El desarrollo progresivo de los Derechos Humanos, en el caso del derecho a la salud requiere de la existencia de medios instrumentales rápidos y eficaces para garantizar su efectiva vigencia, y he aquí, donde el amparo se presenta como una de las herramientas más vigorosas”.

A mayor abundamiento, señalo que esta Sala, se ha pronunciado en el mismo sentido en distintos pronunciamientos (Sentencias Definitivas N° 2/2007, 21/2007; 15/2011, entre otras)

Con base en estas consideraciones corresponde el rechazo del primer

agravio.

El segundo agravio se refiere al contenido mismo de las prestaciones que fueron ordenadas; sin perjuicio de señalar que las consecuencias procesales de la falta de contestación de la acción de amparo sellan el resultado de la queja; es dable agregar que las mismas han quedado en un plano meramente dogmático no sólo por la operatividad de los derechos conculcados sino por la orfandad probatoria al respecto.

A este respecto, debo destacar que en sede administrativa la demandada ha explicitado de manera contundente su negativa a dar la cobertura integral ante la petición expresa del Sr. R., posición en la que persiste en esta sede judicial.

Ahora bien, es pertinente recordar que el actor padece: Diabetes tipo II, hipertensión arterial, con amputación supracondilea de miembro inferior izquierdo y antepie derecho. Esta realidad lo coloca en una especial situación de vulnerabilidad ya que implica una clara merma a su autonomía personal. La dolencia hace que el accionante quede encuadrado en la categoría de discapacitado, según lo certifica a fs. 7 la Secretaria de Salud de la Provincia.

En consecuencia, no se puede obviar el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 -ley 26.378-; de asegurar "… el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. …" y proporcionar "… los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores." (art. 25).

Esta norma tiene jerarquía superior a las leyes, según lo establecido por el art. 75, inc. 22, de la CN, e impone al Estado el deber de garantizar con medidas de acción positiva los derechos fundamentales del amparista (art. 75 inc. 23 de la CN).

A su vez, y en orden al nivel prestacional debido por la obra social, tengo

presente las previsiones de la ley nacional 24091. Específicamente, me refiero el art. 39, que obliga a los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: “a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así o determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley; b) Aquellos estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados en la presente ley, conforme así lo determinen las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley; c) Diagnóstico, orientación y asesoramiento preventivo para los miembros del grupo familiar de pacientes que presentan patologías de carácter genético-hereditario”.

Con base en tales premisas no hay dudas acerca del alcance de la protección que debe otorgar la demandada con relación a la patología que afecta al Sr. R., dolencia que debe ser tutelada de modo integral.

Pero además y fundamentalmente, el anclaje supralegal y constitucional del derecho que ha precisado el juez de grado, nos compele a tal solución.

Huelga recordar que, como hemos señalado en anterior pronunciamiento la constitución nacional, en el texto originario de 1853 y 1860 no incluyó de manera expresa, sino implícitamente al derecho a la salud, a través del art. 33 de los derechos no enumerados. Era un derecho individual anexo al derecho a la vida y su sujeto pasivo era el Estado, que debía abstenerse de violar o dañar la salud (conf. Germán J. Bidart Campos. “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”, La Ley, T. 2003-C- 1235). La reforma constitucional de 1994 incorpora el derecho a la salud de manera expresa en diferentes normas que permiten caracterizarlo como un derecho de incidencia colectiva.

Interesan particularmente los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional, porque en ellos encontramos claras y precisas normas sobre este derecho. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. VII y XI; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3, 8 y 25; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6, 7 y 24; en la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4 inc. 1. 5 incs. 1 y 2, 19

y 25 y en la Convención sobre los derechos del Niño, arts. 3, 6, 23, 24 y 25; en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; siendo dable destacar este último no sólo por el alcance preciso que da la norma al contenido del derecho sino también por tarea de su Comité respectivo que desarrolló de la manera más completa sus alcances. Asimismo también se puede inferir que existe una protección especial indirecta de este derecho humano a la salud de los otros tratados internacionales contra la discriminación, contra la tortura y otras penas crueles y contra el genocidio (Cfr. Sentencia Definitiva N° 021/2007).

Sentado ello, corresponde destacar que como lo ha sostenido el Superior Tribunal local "la jerarquía constitucional y la operatividad del derecho a la salud, previsto en los tratados internacionales penetra hondo y de modo inevitable en todas las relaciones, sean de naturaleza pública, privada o semipública. Es decir, que en cualquiera de estos sectores la respuesta en materia de salud debe ser satisfactoria" (STJ Chubut, autos citados).

La falta de respuesta adecuada por parte de la obra social ha quedado patentizada con la documental agregada a estos autos por parte de la actora y la falta de contestación de la demanda. Huelga señalar que la pretensión de ingresar defensas a través de la contestación de un oficio en el que se solicitaba información acerca de lo actuado en el marco de la cautelar no solo ha merecido la debida impugnación de la contraria sino que además carecen de la debida acreditación.

Insisto ninguna prueba se ha traído a este proceso que autorice a sostener por un lado que el tratamiento es experimental y segundo que se presta en esta ciudad.

Por el contrario, las pruebas colectadas demuestran que dos médicos locales han indicado la ozonoterapia como tratamiento adecuado para la dolencia del actor –certificados de fs. 23 suscripto por la Dra. P. y solicitud de derivación suscripto por el Dr. T. R.-, y han certificado que no se realiza en la Provincia del Chubut –fs. 25-.

Es decir en el caso concretos se ha probado que el afiliado enfermo presenta un cuadro de gravedad y precisa un tratamiento específico que

actualmente no lo brindan los prestadores contemplados aunque si antes lo hacían.

La contundencia de estos informes, la efectiva realización anterior de los tratamientos cubiertos por la obra social –fs.13/18- y la nula actividad probatoria de la demandada patentizan que la actual postura de la obra social es irrazonable.

Debo señalar además que ninguna otra alternativa de atención médica adecuada se ha puesto a consideración del afiliado. La circunstancia que la demandada no cuente con prestadores propios para asistir médicamente con el tratamiento indicado y que la Resolución Nº 1149 – Acta 2030, no regule la cobertura que S. debe brindar en ausencia de prestadores propios, no es oponible al amparista.

Tengo presente además quela Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que "… la limitación en la cobertura debe ser entendida como un "piso prestacional", por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas que tiene jerarquía constitucional…" (Fallos 323:1339).

Por las razones expuestas propongo el rechazo del recurso.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se regularan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de las escalas del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, los establezco a favor del Dr. L. I. M. en el 25% de los que le correspondan, en la instancia de grado, a la representación letrada de la demandada en su conjunto.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 202/204 contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 187/195, la que se confirma en todas sus partes.

2º) Costas a la demandada vencida.

3º) Regular los honorarios del Dr. L. I. M., por su labor en esta instancia en el 25% de los que le correspondan, en la instancia de grado, a la representación letrada de la demandada en su conjunto.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 187/195 por la que se hace lugar a la acción de amparo ordenando a la demandada a las prestaciones que se dan cuenta en el p. 1 del fallo impugnado, todo con expresa imposición de costas, es apelada por ésta a tenor del informe obrante a fs. 202/204vta. conforme planilla de elevación de fs. 212.

Quien me precede en la votación afronta la admisibilidad formal del recurso interpuesto y refiere de manera breve y ajustada al contenido de la queja, lo que evita su mera reiteración.

De la lectura y valoración de todas las actuaciones vinculadas con las cuestiones traídas en revisión llaman la atención las manifestaciones prologales del primer agravio en cuanto a la falta de identificación del acto lesivo y la procedencia de la vía elegida, cuando al hora de tales refutaciones pierde el derecho de hacerlo (ver fe. 79). Todo, al margen de tener que soportar los efectos negativos de la doctrina de los actos propios, lo que en muchos casos bastaría para desestimar la mayoría de las alegaciones defensivas formuladas en esta instancia.

En cuanto a la vía elegida, hemos tenido la guía de nuestro Máximo Tribunal Nacional, en casos análogos cuando señalaba que: "...la garantía del efectivo goce del derecho a la salud no sólo implica la instrumentación de prestaciones positivas por parte de la administración o las obras sociales, sino que también presupone vías idóneas, rápidas, eficaces y sencillas para reclamar judicialmente su ejercicio. El acceso a la Justicia y la calidad de su respuesta son garantías de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto debería ser un imperativo para que los jueces se inclinen por las interpretaciones de las normas procesales que favorezcan el acceso a la Justicia y no por aquellas que la obstaculicen"(ver v. gr. CSJN, "Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", Fallos: 329:4918, sentencia del 7/11/2006; 30 CSJN, "María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial", sentencia del 30/10/2007, entre otros).

Tal la conducta del a quo y así lo expresa en el p. 5 de sus considerandos (ver. fs. 191), sin que la critica actual pueda conmover la aceptación de la vía mas razonable. (ver remito a citas señaladas por mi colega preopinante por razones de celeridad y economía procesal).

En cuanto a las extemporáneas justificaciones de la negativa a la continuidad del tratamiento médico requerido para alivio de sus dolencias, hecho fehacientemente acreditado en cuanto a sus características y secuelas(ver fs. 8/10).

También se verifica en el Expte Admn. N° 68/06, que en copia no impugnada, obra reservado y tengo por ante mí que a fs. 178/179, al evacuar la vista que se le corriera a la Asesoría Legal del ISSyS, nos informa que la continuidad del tratamiento requerido (certificado de fs. 154) se discontinuó conforme las razones que se leen a fs. 156, justificando, en principio, las conclusiones del a quo a fs. 162 de autos.

La justificación que se dio y que obstinadamente se sigue alegando ahora, para cercenar un beneficio oportunamente concedido y gozado parcialmente, resultan inoponibles al beneficiario. No puede un ente calificado por su naturaleza, composición y fines, como es la demandada, haber ignorado, previo a consentir el tratamiento, cuya continuidad se requiere, la diversidad de opiniones que ha generado la practica de la ozonoterapia y sus resultados, desde su comienzo (primeras décadas del siglo XX), como puede ilustrarnos la literatura médica en la diversidad de medios de consulta de la que hoy disponemos y que en definitiva será el paciente quien, en el caso concreto, con la debida asistencia profesional, sienta el alivio o la mejoría esperada.

No puede, interrumpirse el cumplimiento de una obligación de la naturaleza de la brindada, por una mera duda –alegada tardíamente- en cuanto al beneficio, sin demostrar el mínimo perjuicio sufrido, como consecuencia de su práctica, en la persona del afiliado que ruega, por este medio, su continuidad. No puede ni debe, la demandada, interrumpir la continuidad de la prescripción médica (fs. 154) alegando su propia torpeza. A los derechos que le asisten al afiliado beneficiario, reiterados por mi colega preopinante, se suma las pautas potenciadas del art. 1198 CCiv., por el carácter de usuario del sistema.

De ningún modo supone un ejerció prudente y responsable del cuidado de la salud de los beneficiarios de la obra social demandada discontinuar un tratamiento en marcha alegando, con absoluta impiedad, que la ozonoterápia es un tratamiento “al menos en etapa experimental” sin videncia sólida de sus beneficios. Siendo así, cuales habrán sido las razones de su admisión sin queja del beneficiado y

obligando ahora a transitar por estas traumáticas vías administrativas y judiciales para el alivio de sus sufrimientos tanto física como espirituales.

Como pueden sustentar alguna defensa contra la demostración mas firme que el tratamiento en cuestión sigue siendo prescripto para alivio del beneficiario desatendido, tal como surge del certificado de fs. 23, motivando el pedido de derivación de fs. 25 en razón de no contar por el momento, la obra social demandada de prestadores propios del mismo en la zona.

De lo expuesto, por las razones que brindan los hechos expuestos y los derechos y obligaciones que emergen de toda la normativa señalada en el voto anterior y en las decisiones jurisdiccionales del fallo y del de admisión formal de fs. 48/51 y ante la insuficiencia argumental del informe de la demandada, propongo al acuerdo el rechazo de la apelación interpuesta y en consecuencia mantener firme la resolución de fs. 187/195, en todo cuanto fue motivo de agravios. Costas a la vencida y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presente las pautas de la ley XIII Nos. 4 y 15.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Silvia Alonso, reitero su formula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

SENTENCIA

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 202/204 contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 187/195, la que se confirma en todas sus partes.

2º) Costas a la demandada vencida.

3º) Regular los honorarios del Dr. L. I. M., por su labor en esta instancia en el 25% de los que le correspondan, en la instancia de grado, a la representación letrada de la demandada en su conjunto.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”