



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A

36830/2016

VICTORIA CORIA, M. C.- c/ OBRA SOCIAL O.S.D.E.-SAN JUAN.-
s/AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES

Mendoza, a los 14 días del mes de marzo de dos mil diecinueve reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Dres. Manuel Alberto Pizarro, Juan Ignacio Pérez Curci y Alfredo Rafael Porras, procedieron a resolver en definitiva estos autos N° FMZ 36830/2016/CA1, caratulados: "VICTORIA CORIA, M. C. CONTRA OBRA SOCIAL O.S.D.E. SAN JUAN S/ AMPARO CONTRA ACTOS PARTICULARES", venidos del Juzgado Federal de San Juan en virtud de virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 194, contra la sentencia de fs. 186/192 la que se tiene aquí por reproducida

El Tribunal se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Debe hacerse lugar al recurso de apelación deducido a fs. 194 por la parte demandada?

De conformidad con lo establecido por los arts. 268 y 271 C.P.C y Comercial de la Nación y arts. 4 y 15 del Reglamento de esta Cámara, se procedió a establecer por sorteo el siguiente orden de estudio y votación: Vocalías n° 3, 2 y 1.-

Sobre la única cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Manuel Pizarro, dijo:

I - Que contra la sentencia de fs. 186/192, que hace lugar a la acción de amparo entablada por la Sra. M. C. Victoria Coria, por su propio derecho, a fs. 8/19, disponiendo que O.S.D.E. otorgue cobertura de cirugía oftalmológica de implante de lente intraocular tórico hipernegativo en ambos ojos, la demandada interpone recurso de apelación.

En primer lugar, cuestiona que el Sr. Juez "a-quo" haya hecho lugar a la pretensión de la actora, considerando como única opción el implante de lente intraocular tórico negativo en ambos ojos.



Manifiesta que se le estaría imponiendo una carga ilegal, atento a que no se encuentra en el PMO y que no estuvo nunca en los planes superadores.

Sostiene que los problemas refractarios de miopía y astigmatismo pueden corregirse total o parcialmente a través del uso de lentes de contacto o aéreos, por lo que la “incomodidad y antiestética” no son argumentos atendibles.

Considera que el a quo ha acogido erróneamente la petición de la actora, en tanto sólo se encuentra obligada a cubrir a sus afiliados las prestaciones detalladas en el PMO, y no más allá de ello, entendiendo que el caso no está en riesgo la salud de la actora, sino su estética y comodidad.

Cita doctrina y jurisprudencia,

II - Corrido el traslado pertinente, la contraria contesta el mismo por los argumentos allí manifestados los que se tienen por reproducidos en honor a la brevedad.

III -Ingresando al análisis de la causa, estimo que el objeto de la presente *Litis* consiste en que se ordene a la demandada la cobertura de cirugía oftalmológica de implante de lente intraocular tórico hipernegativo en ambos ojos, ante la prescripción médica del Dr. Roberto Zaldivar y la Dra. Ana Córdoba.

En primer lugar, está indiscutido que la amparista, M. C. Victoria Coria, es portadora de una alta miopía - 7,50 en ojo izquierdo y 10,25 en ojo derecho- astigmatismo contra regla -1,25x75° en ojo izquierdo y 1,75 x 105° en ojo derecho-, con lesiones de tipo degenerativas en ambos ojos (cfr. fs. 5, 41/50, 98/106). Asimismo, que la actora es afiliada de OSDE (cfr. fs. 56/66).

En segundo lugar, las constancias médicas e informes acompañados (historia clínica), así como testimoniales rendidas en autos (fs. 81/82), demuestran que la cirugía objeto de la presente acción de amparo, debido a la patología de base que sufre la actora, es la indicada para el caso concreto.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A

En tercer lugar, obra glosado en el expediente el reclamo extrajudicial efectuado por la actora, que fue desatendido por la demandada (cfr. fs. 2,3,4).

En cuatro lugar, el a quo hace lugar a la acción de amparo promovida por M. C. Victoria Coria, “disponiendo que O.S.D.E, otorgue cobertura de cirugía oftalmológica de implante de lente intraocular tórico hipernegativo en ambos ojos; más los insumos y/o prótesis necesarios para llevar a cabo dicha operación, descartables, cobertura de los estudios necesarios, asistencia farmacológica integral requerida por dicha técnica, los costos de internación, anestesia y el alojamiento de la suscripta en dicha institución, pasajes y estadía, tanto para la actora como para un acompañante, de acuerdo a la legislación vigente.” (cfr. sentencia, fs. 186/192 y su aclaratoria, fs. 195 y vta.).

Cabe discernir, por el contrario, si corresponde exigir o no a la empresa de medicina prepaga que asuma el costo de la mencionada cirugía, aun siendo que dicha prestación no se encuentra incluida entre las que establece el Plan Médico Obligatorio que ocupa a las obras sociales y, por extensión legislativa, a la demandada, como tampoco se encuentra estipulada puntualmente en el contrato que suscribieran las partes en su oportunidad.

IV. - La demandada, al contestar el informe previsto en el art. 8 de la Ley de Amparo (fs. 24/26), en defensa de su postura, expuso que no correspondía brindar el tratamiento requerido en virtud de que la cirugía requerida no se encuentra prevista en el Programa Médico Obligatorio como tampoco en los planes superadores de la empresa.

V. - La admisibilidad del amparo supone que el acto u omisión impugnado se halle afectado de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (confr. art. 43, CN). En el caso, conviene recordar que es jurisprudencia reiterada en este fuero que el Plan Médico Obligatorio (PMO) enumera un conjunto de prestaciones que constituyen el límite inferior que las obras sociales y entidades de medicina prepaga deben poner a disposición de sus afiliados.



En efecto, el hecho de que la prestación no se encuentre contemplada en el PMO no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud.

Cabe agregar que las prestaciones que reconoce el referido programa tampoco constituyen una descripción estanca e inmutable, sino que ellas resultan susceptibles de modificarse de acuerdo con la evolución continua que se produce en el ámbito de la medicina y la ciencia en general que incorpora adelantos terapéuticos, en forma casi cotidiana, al campo de las prestaciones médico asistenciales (C.S.: Fallos:325:677).

Sobre esa base, el argumento de la demandada, en relación a que la cirugía oftalmológica de implante de lente intraocular tórico hipernegativo en ambos ojos a la que aquí se intenta acceder no se encuentra prevista en el Programa Médico Obligatorio, no resulta atendible.

VI - Que, por otro lado, la arbitrariedad estaría también dada por la falta de fundamento suficiente por parte de OSDE al no precisar con detalle por qué motivo o circunstancia sólo cubre la cirugía ocular requerida sólo en los casos de Astigmatismo elevado (entre dos y tres dioptrías), Astigmatismo extremo (mayor de tres dioptrías) .

Por lo que, los argumentos esgrimidos por la accionada y su actitud remisa de brindar una atención integral y adecuada a la patología de la actora, constituyen una negativa injustificada y un actuar arbitrario que se aparta del principio de legalidad impuesto por el art. 19, CN.

Si bien puede considerarse que el uso de anteojos o lentes de contacto pueden ser la alternativa para sustituir la cirugía, dicha consideración resulta insuficiente de acuerdo con las testimoniales rendidas en autos, así como los informes médicos acompañados. Allí se precisó que el uso de lentes de contacto le provoca úlceras corneales bilaterales en forma reiterada (confr. fs. 81/82).

Teniendo en cuenta las particularidades expuestas, que la actora es una joven adulta, el grado de miopía y astigmatismo puede





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A

considerarse significativo, atento los datos que ilustra la aludida historia clínica, que presenta intolerancia al uso de los lentes de contacto, se impone una solución coincidente con la brindada en la anterior instancia.

Si bien la actividad asumida por las empresas o entidades de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, lo que impide que puedan desconocer un contrato o invocar cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, pues su objeto es asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (CS., Fallos: 330:3275).

Es que aun cuando no se desconoce la ausencia de previsión contractual concreta – sin perjuicio de que el contrato de medicina privada debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por la ley 24.240, reformada por la ley 26.361 – y de estipulación en el PMO que determine la correspondencia en el caso de la cirugía ocular procurada, lo cierto es que de proveer esa solución en el caso concreto se estaría afectando la calidad de vida de la reclamante.

Cabe observar, como elemento dirimente, que la actora posee una reacción adversa a los lentes de contacto lo cual le impide asumir una terapéutica que de modo permanente le permita visualizar correctamente. No se desconoce, que también se presenta alternativamente el empleo de anteojos, más habida cuenta la juventud de la actora, es evidente que frente al ordinario ritmo de la vida que eventualmente pueda desplegar –v.gr.: práctica de deportes, etc. –, la utilización de aquéllos derivaría en una afectación del adecuado estándar de vida que en materia de salud debe ser garantizado, teniendo en cuenta por ejemplo que el uso de anteojos disminuye el campo visual. Máxime atendiendo a la imposibilidad de aquélla de prescindir de los anteojos para lograr una adecuada visualización en razón del considerable grado de miopía y astigmatismo que la aqueja.

Que a tales efectos, no deviene ocioso recordar la pauta directriz que se desprende del Pacto Internacional de Derechos



Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto reconoce que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12, ap. 1º).

VI - Que, sobre esa base y recordando que, como principio, 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 (sean obras sociales, entidades de medicina prepaga, asociaciones mutuales de asistencia sanitaria y la propia Nación, en función subsidiaria) deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente (confr. esta Sala, causa 5462/10 del 30/03/2012), incluso más allá de las exigencias del PMOE, toda vez que debe entenderse que éste fija un piso de prestaciones mínimas y no máximas para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud. Porque resultaría una interpretación aberrante que, por no estar prevista determinada prestación en el PMOE, la obra social o las otras entidades mencionadas dejaran al "homo patien" librado a su destino, sin procurarle medios aptos y eficaces –no incluidos en la res. 201/2002 M.S.)– y que podrían ser administrados al paciente asegurándole bien una mejoría en sus dolencias o bien la mitigación de un dolor lacerante y terminal.

Que una interpretación de las leyes de salud y del complejo de las normas reglamentarias (decretos y resoluciones varias) que condujera a frustrar la tutela amplia y generosa de los derechos constitucionales a la vida y a la salud resultaría incompatible con principios elementales de hermenéutica jurídica, pues es regla de oro que las normas de jerarquía inferior deben ser interpretadas de un modo compatible con los principios, derechos y garantías de orden constitucional.

En consecuencia, en función de los hechos probados del caso, evaluados según las reglas de la sana crítica, se debe confirmar la apelada sentencia que hace lugar a la acción de amparo en todos sus términos.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A

VIII - En cuanto a las costas de ésta Alzada, deberán ser soportadas por la parte apelante vencida por resultar objetivamente perdedora (art. 68 del C.P.C.C.N.), conforme al principio objetivo de la derrota.

IX - En cuanto a los honorarios por los trabajos realizados ante esta Alzada, corresponde dilucidar la ley aplicable atento a la reciente publicación el día 22 de diciembre de 2017 de la nueva Ley de Aranceles Profesionales N° 27423.

El decreto de promulgación N° 1077/2017 observó el art. 64 de la ley que disponía su aplicación inmediata a partir de su publicación a las causas en trámite sin regulación de honorarios firme. Ello trae aparejadas dos implicancias.

Por un lado, que la nueva ley no entra en vigencia a partir de su publicación, sino que se aplica la regla general del art. 5 del Código Civil y Comercial que establece su vigencia desde el octavo día siguiente a su publicación, vale decir, a partir del 1 de enero de 2018.

Por otro lado, que respecto a cuáles trabajos profesionales quedan regidos por la nueva ley, al quedar sin efecto el art. 64 deben aplicarse las reglas generales sobre la materia que indican que la ley aplicable a los honorarios judiciales es aquella vigente al momento de su devengamiento, y que el momento de devengamiento es aquel en que se realiza la tarea a retribuir. Tal es el criterio sostenido por el Máximo Tribunal en el precedente de Fallos 319:1915, donde dejó sentado: "Que, en consecuencia, es necesario en cada caso indagar el momento o la época en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esta circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable. En el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación. Es a partir de ahí que nace una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida, o modificada, por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 ya citado (Fallos: 306:1799). La decisión que recae tiene un



mero carácter declarativo y no constitutivo del derecho, por lo que mal puede considerarse que deba aplicarse la ley vigente a esa época sin afectar, inconstitucionalmente, derechos ya nacidos y consolidados al amparo de una legislación anterior.”. Posteriormente, el mismo Tribunal en Fallos 323:1128 declaró en sentido concordante: “...los trabajos profesionales objeto de la regulación fueron realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la última norma citada, motivo por el cual esta disposición no puede ser aplicada sin afectar derechos amparados por garantías constitucionales (Fallos: 319:1915; 320:2157; 321:330 y 1757)”.

En síntesis, conforme lo expuesto, los trabajos desarrollados en primera instancia deben ser retribuidos conforme a la ley vigente al momento de su presentación en el juzgado; y, en esta segunda instancia, regirá la ley 21839 para los recursos de apelación interpuestos hasta el 31 de diciembre de 2017 y la ley 27423 para los recursos de apelación interpuestos desde el 1 de enero de 2018.

En función del criterio transcrito, en la presente causa los honorarios de segunda instancia quedan gobernados por la ley 27423.

Aclarado ello, respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes en la segunda instancia, estimo que corresponde fijarlos en el 30% de lo que se regule en la primera. Proceda el *a-quo* a calcular dichos emolumentos en la etapa procesal oportuna.

Sobre la única cuestión propuesta los señores jueces de Cámara Dres. Juan Ignacio Pérez Curci y Alfredo Rafael Porras dijeron:

Que adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.-

En mérito al acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:**

1.- NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la demandada O.S.D.E. a fs. 194, y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 186/192; **2.- IMPONER** las costas a la apelante vencida (art. 68 del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE MENDOZA - SALA A

CPCCN); **3.- REGULAR** los honorarios de los profesionales intervinientes en la segunda instancia en el 30% de lo que se establezca para la primera. Proceda el *a-quo* a calcular dichos emolumentos en la etapa procesal oportuna.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

PFA

Firmado: Dres. Juan Ignacio Pérez Curci, Manuel Alberto Pizarro y Alfredo Rafael Porras.

Fecha de firma: 14/03/2019

Alta en sistema: 21/03/2019

Firmado por: ALFREDO RAFAEL PORRAS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado(ante mi) por: ROLANDO HECTOR MARINO, Secretario de Cámara



#29108403#228389667#20190306095922582