

Suprema Corte:

–I–

La Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la decisión de la instancia anterior que hizo lugar a la acción de amparo entablada por M L y M C , en representación de su hijo menor de edad al inicio de las actuaciones –J M L –, a fin de que se ordene a Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) y a la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (Caja para Escribanos o la Caja) la cobertura del procedimiento quirúrgico que aquél requería en razón de la patología que presentaba –agenesia de arteria pulmonar derecha–, a realizarse en el *Boston Children’s Hospital* (BCH). Asimismo, consideró cumplido el objeto del amparo en tanto la intervención ya había sido realizada y costeadada por las demandadas en el marco de la medida cautelar (fs. 482/490, 531, del expediente principal digital al que me referiré salvo aclaración).

Con relación al agravio vinculado con la falta de producción de prueba ofrecida por las demandadas, sostuvo que resultaba innecesaria. Afirmó que las opiniones médicas de los profesionales habían sido aportadas documentalmente y consideró cumplida la prueba pericial ofrecida por OSDE mediante el informe del Cuerpo Médico Forense (CMF).

La cámara tuvo en cuenta que J M L se encontraba afiliado a las entidades demandadas, que contaba con certificado de discapacidad y que había sido diagnosticado con una patología que se encuentra en la nómina de enfermedades poco frecuentes. Asimismo, valoró la urgencia de la situación y el derecho fundamental a la salud (arts. 75 inc. 22, CN; 12, PIDESC, 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Destacó que el médico especialista en cardiocirugía infantil consultado –doctor Guillermo Kreutzer– manifestó no tener conocimiento de la realización de la intervención en Argentina. A la vez tuvo por acreditado que el

BCH operó, al menos, a ocho pacientes de condiciones similares a las de J M L con buen resultado y una técnica desarrollada en dos etapas, habiendo éste sido aceptado como candidato.

Señaló que no resulta acertada la afirmación de las recurrentes en cuanto a que no se ponderaron sus propuestas de realizar la intervención en el país a través de sus propios prestadores. Recordó que el médico forense concluyó que “no se han encontrado publicaciones de instituciones de nuestro país vinculadas al tratamiento de esta afección” y que “si bien ‘los procedimientos quirúrgicos podrían efectuarse en nuestro país en los centros ofrecidos por la demandada’, la indicación ‘de efectuar la cirugía en el Hospital de Niños de Boston por el médico tratante, acorde a que se trata de una patología congénita rara y a que éste es un centro de referencia mundial para tratamiento de cardiopatías congénitas con buenos resultados de acuerdo a las publicaciones médicas, desde el punto de vista médico’, resultaría pertinente”.

Sostuvo que las demandadas no acompañaron ninguna documentación o evidencia científica que acreditara que los procedimientos efectivamente podían realizarse en el país ni que las alternativas terapéuticas propuestas por los profesionales de su cartilla podrían alcanzar resultados similares a los que se obtendrían en el BCH, a un costo menor.

Recordó que no es posible atribuir a la parte actora la carga de probar la necesaria intervención de operadores externos. Citó el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa R. 104, XLVII, “R. D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la Caja para Escribanos y OSDE interpusieron recursos extraordinarios que fueron contestados y denegados (escritos identificados en la descripción como “Deduce Recurso Extraordinario

Federal”, “Demandada OSDE interpone Recurso Extraordinario Federal – Escrito”, “Parte actora contesta REX” y fs. 535), lo cual dio lugar a las presentaciones directas de ambas partes (escritos identificados en la descripción como “Recurso de Queja” y “Carátula y escrito correspondiente a Recurso de Hecho interpuesto por OSDE” de los cuadernos de queja digitales FLP 31551/2018/1/RH1 y FLP 31551/2018/2/RH2 respectivamente).

–III–

OSDE se agravia con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad. Entiende que la solución es contradictoria al consentir la no producción de prueba y luego recriminarle no haber probado que el prestador ofrecido era idóneo. Destaca que existió una doble vulneración del derecho de defensa y debido proceso (art. 18 C.N.) ya que se le impidió producir prueba y se le negó toda posibilidad de plantear algún recurso al no haberse notificado el rechazo.

Sostiene que se realizó un análisis sesgado del informe pericial del Cuerpo Médico Forense en el que se dictaminó que J M L podía ser intervenido en el país con el prestador ofrecido por OSDE.

Estima que la cámara efectuó una errónea interpretación de las normas aplicables al caso –ley 24.901, de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, y ley 26.689, de Promoción del Cuidado Integral de la Salud de las Personas con Enfermedades Poco Frecuentes– en tanto no contemplan la cobertura de prestaciones en el extranjero, afectando el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y el principio de solidaridad.

Considera que la doctrina sostenida por la Corte en la causa “R. D. y otros” fue modificada por fallos posteriores y no es aplicable.

Además, impugna que el tribunal haya justificado la decisión en la necesidad de realizar la intervención en forma urgente sin considerar que

OSDE ya había ofrecido operar al paciente con el doctor Alejandro Ithuralde Posse.

–IV–

La Caja para Escribanos, por su parte, coincide en lo que refiere a la vulneración de los derechos de defensa y de propiedad y a la valoración de la prueba.

Aduce que la sentencia viola también el principio de legalidad (art. 19 C.N.), en tanto no aplica la normativa que rige a la Caja a la vez le impone una obligación sin sustento legal alguno.

Sostiene que la decisión otorga al derecho a la salud un carácter de absoluto contrariando los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional y los criterios orientadores de limitaciones razonables establecidos por la Corte Suprema.

Entiende que no se configuran los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo ya que no se identifica cuál es la conducta arbitraria o manifiestamente ilegal que se le imputa (arts. 43, C.N.; 321, CPCCN).

Considera que la decisión afecta facultades provinciales no delegadas y el reconocimiento constitucional de las cajas profesionales (art. 125 C.N.).

Afirma que existe gravedad institucional ya que se pone en riesgo la sustentabilidad del sistema previsional al obligar a la Caja a cubrir altos costos de tratamientos en el extranjero que podrían realizarse en el país con prestadores con convenio.

–V–

Cumplida la medida para mejor dictaminar que he solicitado en las presentes actuaciones (presentaciones incorporadas el 9 de agosto de 2021 en los cuadernos de queja digitales), vuelven estos autos a los fines de dictaminar

(fs. 81 y 71 de los cuadernos de queja digitales FLP 31551/2018/1/RH1 y FLP 31551/2018/2/RH2, respectivamente).

Esa Corte ha reiterado en numerosas oportunidades que, sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas, se deben tratar, en primer lugar, los argumentos que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir ésta no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 341:1106, “Varela”).

A mi modo de ver, corresponde habilitar el remedio federal, pues aun cuando las discrepancias de los apelantes con el criterio de selección y apreciación de las pruebas no autorizan a la Corte a sustituir a los jueces de la causa en las decisiones que por su naturaleza les son privativas, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando, tal como ocurre en la presente causa, la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, se sustenta en motivos eminentemente formales y prescinde del examen de elementos de prueba conducentes y cuyo tratamiento fuere potencialmente relevante para modificar el sentido de la decisión adoptada, todo lo cual conduce a frustrar el esclarecimiento de los sucesos investigados y vulnera el derecho del debido proceso (Fallos: 329:276, “G., A. N.” y sus citas; 344:1308, “Seidenari”).

En autos no se encuentra controvertido el carácter de persona con discapacidad de J M L y de afiliado a las entidades demandadas, su patología –agenesia de arteria pulmonar derecha– y la necesidad de ser intervenido quirúrgicamente. Tampoco se halla discutido que las prestadoras de servicios de salud debían hacerse cargo de la cobertura de la cirugía. Las recurrentes no han resistido tal obligación, sino que cuestionan la elección del establecimiento en el extranjero elegido para practicar la operación.

Vale reiterar que la cámara consideró que las demandadas no acreditaron que las alternativas terapéuticas propuestas por los profesionales

de su cartilla podrían alcanzar resultados similares a los que se obtendrían en el BCH y a un menor costo.

Estimo que para arribar a esa conclusión omitió ponderar elementos conducentes para resolver el litigio lo que torna descalificable la solución.

En efecto, surge de las constancias de la causa que las demandadas ofrecieron la posibilidad cierta de realizar la intervención en el país y además que distintos prestadores y el propio Cuerpo Médico Forense afirmaron que resultaba factible llevar a cabo esos procedimientos quirúrgicos en Argentina con características análogas a las ofrecidas en el BCH.

En primer término, en su informe para OSDE el doctor Ithurralde explicaba "...[en] resumen, J tiene una rama pulmonar derecha aislada del tronco pulmonar con una hipoplasia moderada, sin evidencias de estenosis segmentaria. Después de haberlo discutido, sugerimos como opción terapéutica una corrección en 3 tiempos: 1-Anastomosis subcalvio pulmonar como primera medida para restablecer flujo. 2- Cateterismo para cierre de colaterales y reevaluación de la anatomía pulmonar. 3- Posterior unión de la rama pulmonar derecha al tronco pulmonar..." (fs. 57/58 del expediente principal físico).

Adicionalmente, mediante notas de fecha 31 de marzo y 8 de mayo y carta documento del 20 de diciembre de 2017 OSDE puso en conocimiento de la parte actora su disponibilidad para realizar la práctica. En la segunda reiteró "...hemos ratificado con el Dr Alejandro Iturralde Posse, que la patología de J se puede resolver en dos procedimientos quirúrgicos a cielo abierto, tal como se lo manifestamos en la mencionada carta, aclarando que entre ambos deberá realizarse un cateterismo complementario (no es cirugía a cielo abierto sino un procedimiento mínimamente invasivo). La cirugía podría ser realizada por los cirujanos cardiovasculares que el Dr. Iturralde Posse tiene en su staff, con

quienes tendría cobertura integral” (fs. 69/70, 71/72, 77 del expediente principal físico).

En segundo término, la Caja para Escribanos notificó a la actora que en el Hospital Italiano de Buenos Aires y en la Fundación Favaloro se podría realizar la intervención quirúrgica propuesta por el doctor Pedro J. del Nido del BCH y que sería cubierta al 100% en Argentina (fs. 78, 229, 231, 236, 238, 388, 390, 399, 402 del expediente principal físico). Particularmente en una nota del doctor Jorge Barretta, Jefe del Servicio de Cirugía Cardiovascular del Hospital Italiano, este afirma: “...he visto en forma detallada el informe enviado y la sugerencia realizada en el Children's Hospital de Boston de reclutar la Rama Pulmonar Derecha de la Arteria Pulmonar en base a una estrategia de flujo anterógrado de la rama pulmonar mediante una anastomosis de Blalock y una eventual estudio y reconexión a los 6 meses o al año nos demuestra una técnica totalmente pasible de realizar en nuestra institución en la cual ya tenemos experiencia como así en otras instituciones y los resultados son alentadores cuando el tamaño de la rama pulmonar es adecuado y no se encuentra trombosada ni excluida totalmente. Los riesgos quirúrgicos son bastante bajos, por lo cual considero que este paciente no requeriría la necesidad de incurrir en un traslado de tamaña envergadura al Hospital de Niños de Boston para la intervención que requiere esta patología...” (fs. 225, 230, 384, 389 del mismo expediente).

En tercer término, el informe pericial del CMF, refiriendo a la cirugía en dos etapas indicada por el doctor Kreutzer en el BCH, señaló que “...en nuestro país esta técnica se viene usando desde hace unos años con buenos resultados”. Luego concluyó: “[respecto] del lugar de realización de la operación, de las constancias médicas obrantes en autos y de las consultas efectuadas por este perito surge que los procedimientos quirúrgicos podrían efectuarse en nuestro país en los centros ofrecidos por la demandada. Respecto de la indicación de efectuar la cirugía en el Hospital de Niños de Boston por el médico tratante, acorde a que se

trata de una patología congénita rara y a que éste es un centro de referencia mundial para tratamiento de cardiopatías congénitas con buenos resultados de acuerdo a las publicaciones médicas, desde el punto de vista médico la indicación resultaría pertinente” (fs. 284/289 del expediente principal físico).

Al respecto cabe destacar que, si bien el CMF afirmó que “no se han encontrado publicaciones de instituciones de nuestro país vinculadas al tratamiento de esta afección”, ello no fue señalado para descartar la idoneidad de la oferta institucional de las demandadas.

En este punto, corresponde observar que la cámara destacó que el informe forense aceptó la pertinencia de la realización de la práctica en el BCH, sin ponderar que, al mismo tiempo, el dictamen pericial señala que la intervención se podía realizar en el país, y que la técnica quirúrgica recomendada se venía usando aquí con buenos resultados.

En cuanto al valor de la intervención, la cámara achacó a las demandadas no haber acreditado el menor costo. Sin embargo, confirmó el rechazo de la producción de la prueba ofrecida a tal fin (fs. 262/263, 277/278, 422 del expediente principal físico). Tampoco tuvo en cuenta que del correo electrónico enviado por asesoría médica de la Caja para Escribanos el 18 de abril de 2018 se desprende que cada una de las dos intervenciones se facturaría según el módulo de cirugía cardiovascular pediátrica compleja que a la fecha ascendía a la suma de \$ 292.933. Es decir que, según el valor del dólar oficial a esa fecha, cada intervención en el país era aproximadamente 7 veces más económica que en el extranjero (fs. 46/49, 145, 425/427, 435/436 del expediente principal físico. Ver cotización histórica en: <https://www.bna.com.ar/Personas>).

A lo anterior se debe añadir que las demandadas actuaron con celeridad frente a la solicitud de la práctica. De las constancias de autos se desprende que el 4 y 13 de diciembre de 2017 la parte actora solicitó a OSDE la cobertura de la intervención en el BCH. Previo a ello, el 31 de marzo y 8 de mayo

de ese año, OSDE había ofrecido cubrir la totalidad de la intervención en el país o abonar un único monto en pesos argentinos equivalente a 30.000 dólares estadounidenses (fs. 59/68, 69/70, 71/72, 74, 77 del expediente principal físico).

Por su parte, la Caja inició un expediente administrativo el mismo día –23/10/2017– que la señora Crespi requirió la cobertura. En el proceso obtuvo la respuesta de dos entidades que realizan la intervención en el país. A la vez que consiguió una entrevista con el doctor Barretta, quien propuso fecha de evaluación el 13 de diciembre de 2017 y antes mantuvo una comunicación telefónica con la madre para explicarle el procedimiento. Sin embargo, nadie asistió a la consulta. Finalmente, mediante resolución 17.433, la Caja rechazó la cobertura del tratamiento quirúrgico en el BCH reiterando que cubría el 100% del tratamiento e intervenciones en instituciones locales –Fundación Favaloro y Hospital Italiano de Buenos Aires– que se ofrecían capaces de brindar las condiciones concretas para la intervención quirúrgica que requería J. [redacted] M. [redacted] L. [redacted] (fs. 66, 154, 155, 229, 231, 234, 235, 236, 313, 314, 388, 390, 393, 394, 395, 399 del expediente principal físico).

Por último, en cuanto al alcance de la cobertura, resulta relevante señalar que la ley 24.901 establece en su artículo 6 que “los entes obligados por la presente ley brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados”, mientras que el artículo 39, inciso a, prevé que “será obligación de 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...”.

En cuanto al reglamento de subsidios de la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (fs. 140/143 expediente principal físico, ver también [www.colescba.org.ar/portal/caja-](http://www.colescba.org.ar/portal/caja-)

seguridad-social/reglamento-de-prestaciones-asistenciales-y-subsidios), aun cuando permite a los beneficiarios del sistema la libre elección de médicos y establecimientos de internación, sin perjuicio de los convenios prestacionales (arts. 19 del texto en su redacción actual y 26 del vigente al momento de los hechos), lo cierto es que el mismo ordenamiento dispone que los gastos de salud realizados por los afiliados en el exterior del país solo serán reconocidos como co-seguro del seguro médico que en forma obligatoria deberá tener el afiliado y con las condiciones y topes que establezca el Consejo Directivo (arts. 20 actual y 33 vigente al momento de los hechos; Fallos: 344:329, “C.,R.L.”).

En definitiva, estos extremos fácticos y jurídicos que resultan relevantes y conducentes para resolver la cuestión en debate no fueron ponderados por la sentencia en crisis.

No se me escapa que esta causa conlleva singulares desafíos para la labor jurisdiccional por la premura con la que debe juzgarse y la complejidad de las cuestiones examinadas. Sin embargo, si la cámara albergaba dudas acerca de las capacidades técnicas de los nosocomios locales, le correspondía ahondar la investigación, produciendo la prueba de informes, e incluso convocando al perito forense y a las partes para requerir mayores precisiones sobre este aspecto, en lugar de desechar los servicios seriamente ofrecidos por las accionadas.

Esa Corte ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también ha entendido que ese derecho no es absoluto, sino que debe ser ejercido con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterado en su substancia (Fallos: 344:329, *cit.* y sus citas). Por lo tanto, invocar el derecho a la salud de las personas con discapacidad no conduce automáticamente a la obligación de cubrir el costo de la intervención en el extranjero, sino que requiere un análisis de la razonabilidad de esa normativa conforme a las circunstancias probadas de la causa, lo que no ocurrió en este caso.

En consecuencia, la decisión recurrida debe ser descalificada con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

Lo expuesto me exime de tratar los restantes agravios.

–VI–

Por ello, considero que corresponde admitir las quejas, declarar procedentes los recursos extraordinarios, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2022.

ABRAMOVICH  
COSARIN  
Victor Ernesto

Firmado digitalmente  
por ABRAMOVICH  
COSARIN Victor  
Ernesto  
Fecha: 2022.11.01  
17:33:35 -03'00'