



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

H

**"J. D. E. Y OTRO/A C/ O.S. DE
EMPLEADOS Y PERSONAL JERARQUICO DE ACT.
DEL NEUMATICO S/AMPARO"**

Causa N° MO-9445-2015 R.S.19 /2016

R.H. 7/2016

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 23 de Febrero de 2016, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores Felipe Augusto Ferrari y Roberto Camilo Jorda, para pronunciar sentencia interlocutoria en los autos caratulados: **"J. D. E. Y OTRO/A C/ O.S. DE EMPLEADOS Y PERSONAL JERARQUICO DE ACT. DEL NEUMATICO S/AMPARO"**, Causa N° MO-9445-2015, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **FERRARI-JORDA**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR FERRARI dijo:

I.- Antecedentes

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 12 Departamental a fs. 94/8vta. resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta por los Sres. E. D. J. y A. C. M. en representación de su hijo L. D. J. contra la Obra Social de Empleados y Personal Jerárquico de la Actividad del Neumático Argentino (OSEPJANA) - quien deberá otorgar una cobertura del 100% a favor del menor, a fin de que el Dr. R. B. le practique la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cirugía correspondiente en la "Asociación Civil sin fines de lucro PIEL" (Plástica Infantil con Excelencia en el Logro) y continúe su debido tratamiento, para lo cual se concede el término de 10 días. Impuso las costas procesales a la demandada en virtud del principio objetivo de la derrota y procedió a regular los pertinentes honorarios profesionales.-

2) Contra tal forma de decidir se alzó a fs. 104/111 la demandada interponiendo recurso de apelación, que se fundó con ese mismo escrito; el mismo fue concedido en relación a fs. 114. La fundamentación recursiva mereció una réplica tardía de la actora (ver fs. 118) y a fs. 121/4 obra la réplica de la Sra. Asesora de Incapaces.-

Comienza la apelante efectuando una síntesis, diciendo que el fallo omite toda consideración a la jurisprudencia vigente, que se desentiende de sus propias consecuencias que en la especie son desestructurar todo el sistema prestacional de las obras sociales que se basa en sistemas "cerrados" y pasaría a ser "de libre elección", por la vía de crear una excepción a la utilización de los prestadores ofrecidos por la Obra Social. Dice que el fallo invoca equivocadamente los derechos del niño y el adolescente, sacralizándolos al extremo de darles categoría de "supremo derecho" al que todo debe subordinarse y que no lo es porque existen normas mas específicas que lo relativizan. Dicen que en la especie no existen derechos del niño vulnerados sino un estado subjetivo e incierto de desconfianza de los padres, carente de todo sustento médico, no probado y por ende "caprichoso", insustancial para fundar el pronunciamiento y que se desentiende de sus consecuencias.-

Habla luego del escrito de demanda y de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

fundamentos del fallo, explicitando lo manifiesto en él y lo sugerido.-

Sostiene que es falsa la afirmación de la *a quo* relativa a la confianza entre el médico y el paciente, criticando las consideraciones hechas por la *a quo* con relación al derecho a elegir o cambiar de profesional o de centro de salud ante los resultados de la cirugía practicada.

Cita jurisprudencia.-

Habla de las consecuencias del decisorio en crisis, de los derechos constitucionales involucrados y efectúa una síntesis final, en la cual sostiene que el decisorio debe ser revocado pues se sustenta en dos aseveraciones erróneas, porque contradice la jurisprudencia del fuero que suele entender en estas cuestiones y porque no se hace cargo de sus consecuencias, que son graves.-

A los términos de la fundamentación recursiva cabe remitirse *brevitatis causae*.-

3) Llegados los autos a la Alzada, y previa vista a la Asesora de Incapaces (fs. 121/123), las actuaciones quedan en estado de ser resueltas.-

II.- Solución propuesta

En orden a dar respuesta a la cuestión planteada, estimo que -inicialmente- será fructífero reseñar, someramente, las circunstancias del caso.-

Nos hallamos ante una acción de amparo.-

El escrito inaugural obra a fs. 13/23.-

La inician los progenitores del menor L. D. J. contra la "Obra Social de Empleados y Personal Jerárquico de la Actividad del Neumático Argentino" pretendiendo que se ordene a dicha obra social brinde la inmediata cobertura para que el niño sea asistido quirúrgicamente por el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cirujano allí mencionado (Dr. B.) y que la obra social cubra todas y cada una de las intervenciones y asistencias pre y post quirúrgicas que este especialista le realice.-

Veamos, en resumen, el relato de los hechos.-

Dicen que su hijo nació el 11 de Julio de 2014 con labio leporino bilateral sin paladar; dicen que el padre del niño está afiliado a la obra social demandada y que hizo atender a su hijo en forma inmediata; afirman que el 17 de Noviembre de 2014 fue intervenido en la Clínica Modelo de Caseros, por el Dr. C.; dicen haber tenido el mayor y debido cuidado y que, sin embargo, la operación fue un fracaso; que en contrario a las perspectivas que les había brindado el cirujano la operación realizada a los 5 días se abrió por completo y con el agravante que el sector del labio medio entre ambas fisuras no quedó como originalmente se encontraba sino peor; hablan de la necesidad de una nueva e inmediata cirugía.-

Refieren la existencia de una mala praxis, pero dicen que no es su intención reclamar por ello sino evitar todo nivel de riesgo actual y futuro sobre la vida y la salud de su hijo recién nacido.-

En seguida, relatan que por las averiguaciones que realizaron existe un profesional especialista en el área (Dr. B.), por lo que solicitaron la cobertura que se les rechazó; dicen que realizaron la consulta y el panorama respecto de la cirugía y recuperación es satisfactorio.-

Relatan la misiva que enviaron a la obra social; dicen haber sido citados y que recibieron como respuesta que la obra social poseía cirujano con la capacidad suficiente como para hacerse cargo de la cirugía.-

Brindan diversos argumentos en aval de su postura.-

Veamos, ahora, el responde de la obra social, que luce



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

glosado a fs. 46/57.-

Previo realizar la negativa del caso, reconoce la afiliación del padre del niño a la obra social, reconoce también que su parte le manifestó a los padres del niño que poseía cirujanos con la capacidad suficiente como para hacerse cargo de la nueva cirugía y que rechazó la cobertura respecto del Dr. B. pues se trata de un prestador totalmente ajeno a la cobertura.-

Luego dedica un punto a argumentar acerca de la inadmisibilidad del amparo para, posteriormente, hacer referencia a los hechos realmente ocurridos (fs. 51vta. y sigtes.).-

Relata que los actores concurren el 2/9/2014 al consultorio del Dr. C. a fin de que atendiera a su hijo, habla del diagnóstico del menor, que se fijó fecha para la intervención quirúrgica, la que se llevó a cabo sin complicaciones y se controló debidamente la recuperación anestésica.

Dice que a los ocho días, el 25/11/2014, el paciente fue llevado por sus padres al consultorio del facultativo, presentando una dehiscencia total de las suturas, con sus labios en estado edematoso y con mala higiene; que el padre del menor refirió que se le había soltado un solo punto y luego el resto, y que al ser interrogado por el cirujano admitió que había curado en su domicilio con gasa y Pervinox al niño; dice que esas curas no fueron indicadas por el profesional, en tanto son susceptibles de generar trauma local y dehiscencia, como de hecho ocurrió, sino decididas y ejecutadas de manera imprudente por los propios progenitores del paciente.-

Agrega que el profesional -que solo había recomendado agua y jabón- interrogó sobre la posibilidad de traumas por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

golpes y roces explicando que la deshiencia total era imposible sin factores agregados como los que sin duda en el domicilio de los actores.-

Sostiene que los padres realizaron curaciones caseras que generaron en el menor las consecuencias descriptas, que su parte puede reparar perfectamente a través de su staff de profesionales.

Dice que ante el estado de situación, el mismo cirujano aconsejó esperar siete días para que se desinflamara la zona, limpiarla (ya que estaba sucia) y suturarla nuevamente; agrega que los reclamantes no acudieron a la cita prevista sino que no concurrieron nunca mas ni volvieron a solicitar turno.

Relata el intercambio telegráfico y su respuesta a la Carta Documento que enviaran los accionantes.

Insiste luego en la improcedencia sustancial del amparo; que su parte se puso a disposición para la nueva intervención, que carecen de razón los accionantes, que su sistema no admite la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios y que los accionantes no aportan una sola prueba del daño supuestamente sufrido ni de las supuestas fallas en el tratamiento quirúrgico aplicado a su hijo, pretendiendo obtener un resultado judicial favorable con extrema premura y sin sustento probatorio, insistiendo en que los perjuicios provocados al menor lo fueron en un ámbito ajeno al de la obra social y sus prestadores.

Señala, nuevamente, que su parte no niega la cobertura de una eventual intervención en el caso que así se decidiera pero siempre con un especialista que se encuentre dentro de su cartilla médica, como legalmente corresponde.

Pues bien, así reseñadas las posturas de la partes, considero necesario realizar algunas consideraciones



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

teniendo en cuenta fundamentalmente que nos hallamos ante una acción de amparo mediante la cual se pretende obtener determinada prestación vinculada con la salud, y no solo ello, sino que está en juego la salud de un menor.

Desde esta Sala (causa nro. 230372 R.S. 108/13) tenemos dicho que el derecho a **la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto en sí mismo, su personalidad es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental** (cfr. Morello, Augusto Mario - Morello, Guillermo Claudio "Los Derechos Fundamentales a la vida digna y a la salud", Librería Editora Platense, págs. 1/12 y 26/27) y memorábamos, además, que muy recientemente ha dicho la Corte suprema de Justicia de la Nación que, **en cuestiones que involucran el derecho a la salud, las eventuales dudas han de solventarse en favor del paciente, nunca en su perjuicio, en tanto la materia que nos ocupa se encuentra gobernada por el principio pro homine** (Corte Sup., 30/4/2013, "Tello María L. v. Obra social del Personal Auxiliar de Casas", Base de Datos Abeledo Perrot Doc. AP/JUR/575/2013).-

En correlato con ello, es del caso también señalar que -ante la entidad de los derechos en juego- la visión del caso a través de la mirilla procesal debe, necesariamente, elastizarse y ampliarse; no caben -a mi juicio- rigideces, dogmatismos ni -por cierto- excesos rituales cuando el derecho a la salud y la vida de una persona están en juego (ver, en tal sentido, Corte Suprema, Fallos 329:2179, entre otros).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En estos casos es imprescindible, según lo veo, que entre en juego la justicia de acompañamiento o protección (de la que tantas veces nos ha hablado el maestro Morello) e ir siempre en procura, y resguardo, de la sustancia de los derechos en juego, con indudable prevalencia de lo fondal por sobre lo procesal.-

También he de recordar que -desde esta misma Sala (causa nro. 53.747 R.S. 129/06)- hemos señalado que

"De todo comienzo debo reiterar que se halla en juego el derecho a la vida, la integridad física y la salud (artículos 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 11 Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre; 36 inciso 8° Constitución Provincial y el rol que este último le asigna al medicamento).-

Dentro de la categoría de los derechos personalísimos y derivados del derecho a la vida se insertan el derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, a su preservación y adecuado mantenimiento.-

Al respecto no puede menos que compartirse la interpretación que enfatiza que el derecho a la salud no puede quedar circunscripto a la mención hecha en el artículo 42 de los derechos de los consumidores y usuarios a la protección de la salud del citado ordenamiento, pues importa un aspecto parcial de tal garantía.-

El derecho a la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto en sí mismo, su personalidad es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual tiene siempre carácter instrumental (cfr. Morello, Augusto Mario - Morello, Guillermo Claudio "Los Derechos Fundamentales a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la vida digna y a la salud", Librería Editora Platense, págs. 11/12 y 26/27).-

Pero, como antes lo decía, aquí está en juego el derecho a la salud de un sujeto destinatario de una especial protección: un niño.-

Con lo cual, la cuestión debe analizarse a través del prisma de la Convención sobre los Derechos del Niño.-

Recordábamos en la causa nro. 54.779 (R.S. 145/07) que el artículo 3° párrafo 1° de dicha Convención es claro al establecer que en las medidas concernientes a los niños que tomen, entre otros organismos, los tribunales una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. Al respecto hemos dicho en esta Sala que "existe un único objetivo en estas cuestiones minoriles que es el interés superior del niño comprometido en cada situación que se presenta" (esta Sala en causa nro. 47.026, R.S. 314/02).-

Aunque, bien se expone doctrinariamente, que el concepto de "interés superior del niño" es un término flexible, toda vez que permite y a su vez exige que -en cada caso puntual- se lo califique y redefina, atendiendo a las particularidades de la situación, dependiendo -en cada caso- de circunstancias específicas; esta particularidad - se dice también- llevará a los órganos de aplicación a asumir la importantísima tarea de "descubrir" qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular; aclarándose que lo que la Convención establece es que resulta obligatoria para esos agentes la búsqueda que lleve a ese "descubrimiento" de qué es lo que mejor resguarda ese interés superior del niño (Martinez Ruiz, Analia en AAVV, Ines M. Weinberg, directora. Convención sobre los derechos del niño, p.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

101).-

Conjugando todo lo expuesto, y cuando se trata de la protección de la salud de los niños, tenemos el art. 24 de la Convención, el cual establece que *"los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios"* y que *"los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho"*.-

Por cierto, cuando se habla del deber de los Estados Partes se hace alusión no solo a las medidas de tipo administrativo o legislativo, sino que la cuestión debe enfocarse con la amplitud que dimana del art. 4 de la Convención, involucrando -también- a las medidas adoptadas desde el Poder Judicial.-

A su vez, desarrollando este mandato y ya en el plano legislativo, la ley 26.061 -de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes- en su art. 14 determina que *"los Organismos del Estado deben garantizar:*
a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social. Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud".-

Todos estos derechos deben ser interpretados -cuando vienen a dirimirse ante los estrados judiciales- en clave de efectividad, tal como lo manda a hacer el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.-

Y, a no dudarlo, el emplazamiento de todas estas reglas, en el estrato mas alto de nuestro sistema, determinan su prevalencia por sobre cualquier otra, de raigambre inferior.-

Sentado ello, y volviendo al caso concreto, cabe ahora señalar algunas circunstancias relevantes para decidir.-

Como lo hemos visto, la parte actora ha venido a iniciar el amparo con un preciso fundamento: lograr que al niño lo atienda un médico determinado a costa de su obra social; expresando que el médico que lo atendió (por su Obra Social) incurrió en una mala praxis y que por eso se busca otro.-

En las antípodas, la demandada sostuvo que no existió tal mala praxis y, fundamentalmente, que la frustración del resultado buscado con la operación fue responsabilidad de los progenitores del niño.-

Ahora bien ¿algo de ello se ha probado en el expediente?

Pues no.-

Lo único que se sabe, a ciencia cierta, es que con la operación no se logró el resultado ansiado; a estar de los actores por responsabilidad del cirujano, a estar de la demandada por responsabilidad de los padres.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Empero, mas allá de las Cartas Documento que recíprocamente se cursaron las partes, ni una ni otra cosa está suficientemente demostrada en el expediente.-

No está demostrado que el cirujano haya actuado con mala praxis, y tampoco está demostrado que la responsabilidad en la frustración del resultado haya sido por razones atribuibles a los progenitores del niño.-

Esto nos impone sentar algunas bases.-

Cuando está en juego el derecho a la salud, debe maximizarse el rendimiento de las instituciones procesales; no hay aquí espacio para pruritos formales ni nada similar; es necesario un enfoque particularizado; es, en definitiva, un tipo de tutela diferenciada.-

En tal contexto, la idoneidad -en principio- del amparo -como medio procesal célere y abreviado- es indiscutible (cfe. este Tribunal, sala de ferias, ca. 91187 R.S. 2/12) mas aun cuando están en juego derechos fundamentales de un niño (ver, en tal sentido, OLMO, Juan P., El amparo como vía eficaz para la tutela de derechos fundamentales civiles y sociales de niños, niñas y adolescentes, en AA.VV., Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, FERNANDEZ, Silvia E. (dir), T III, p. 2907).-

Ahora bien: este caso ostenta aristas de suyo particulares.-

Es que los padres vienen a sostener en este proceso que pretenden que su hijo sea intervenido por otro profesional, endilgándole mala praxis al primero que lo atendió.-

Evidentemente, entrar a discutir la existencia -o no- de mala praxis médica trascendería los límites propios de la acción de amparo.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Empero, en realidad, aquí no está en juego -al menos directamente- la existencia de aquella mala praxis; es que la eventual mala praxis operaría solo como justificativo para su pretensión de acudir a otro profesional distinto de aquel que la Obra Social les ofrece, ante la pérdida de confianza.-

Poco han hecho, entonces, los reclamantes (mejor dicho, su asistencia letrada) para demostrar lo incorrecto del tratamiento.-

¿Qué tenemos del otro lado?

Pues que la Obra Social sostiene que la cirugía falló por razones atribuibles a los progenitores del niño.-

¿Qué hizo para acreditarlo? (y no pierdo de vista que estaba en condiciones de demostrar sus asertos, trayendo - por ejemplo- la Historia Clínica, o mas no sea ofreciendo la declaración testimonial del médico).-

Pues absolutamente nada.-

En este contexto, lo que padres y Obra Social se hayan reclamado y endilgado mutuamente vía Carta Documento no pasa de las meras afirmaciones de cada uno de ellos hacia el otro.-

Lo cierto es que aquí hay un niño, con un problema de salud de nacimiento, que fue operado una vez, no habiendo sido exitosa la cirugía (por causas que no sabemos) y sus representantes inician la presente acción de amparo para que la Obra Social se haga cargo de su atención por un facultativo especializado, de su elección; y cuya situación sigue (a casi un año de iniciado el amparo, y pronto a cumplir el menor los dos años) en estado de indefinición.-

Planteadas así las cosas, se nos presentan dos posibilidades (clásicas).-

Las analizo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

1. Podríamos revocar el fallo y rechazar la demanda, considerando que no está demostrada la mala praxis

En verdad, la mala praxis no fue demostrada.-

Me debo preguntar ahora ¿cuáles serían las consecuencias de esta decisión? (pues -según lo concibo- ningún magistrado puede ser ajeno a las consecuencias de sus fallos y mas aun cuando está en juego el derecho a la salud de las personas).-

Pues que el niño debería ser operado nuevamente por el mismo facultativo; y ello sin saber, a ciencia cierta, si la operación se frustró, o no, por mala praxis (puede que haya sido así).-

O, dicho de otro modo, podríamos estar mandando a que el niño sea operado de nuevo por quien lo operó incorrectamente la primera vez (lo que no descartaría nuevas eventuales complicaciones).-

2. Podemos confirmar el fallo que admitió la demanda

En verdad, tampoco está demostrado que la responsabilidad por la frustración del resultado de la cirugía haya sido de los padres.-

Aquí el niño sería operado nuevamente, por otro facultativo, a elección de los padres y a costa de la obra social.-

Y ello sin saber, a ciencia cierta, si la operación se frustró, o no, por el accionar de los padres (puede que haya sido así).-

O, dicho de otro modo, podríamos estarlo mandando a operar y tratar -a costa de la Obra Social- por otro facultativo y en virtud de cuestiones que fueron responsabilidad de los padres.-

Presentadas estas dos variantes, insisto en que nos movemos en un terreno de total incertidumbre.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

¿Cómo resolverlo?

Parecería que la estricta aplicación de las normas sobre carga de la prueba (art. 375 del CPCC) no arrojarían un resultado valioso (variante 1), si computamos la entidad del perjuicio que podría resultar de la adopción de tal solución; y ello mas aun ante la absoluta falta de colaboración de la Obra Social, que ni siquiera ha procurado arrimarnos (estando en mejores condiciones de hacerlo) las constancias documentales relativas a la atención médica del niño (Historia Clínica).-

Las normas sobre carga de la prueba, en casos así, no pueden prevalecer por sobre las específicas directivas de índole constitucional, al estar en juego los derechos fundamentales de un niño; una interpretación contraria resultaría francamente inconstitucional.-

Se contraponen, en definitiva, dos derechos: el derecho a la salud del niño y el derecho de la propiedad de la Obra Social (para el caso de tener que abonar algo que no le corresponda).-

Estimo que, en tal contexto y en base a toda mi argumentación anterior, la solución a adoptar es evidente: la que mejor privilegie la situación -y salud- del niño, frente al -económicamente moderado (ver fs. 83)- perjuicio patrimonial que podría generársele a la Obra Social; en este último sentido, no parece que la erogación de este (limitado) monto de dinero vaya a desestructurar todo el sistema prestacional, como se lo indica en el memorial de agravios.-

Luego, ante la evidencia de que existió una operación infructuosa, la duda sobre si el resultado se debió a la actuación del médico o de los padres del niño, debe resolverse -a mi modo de ver- en favor del paciente, de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

acuerdo a la ya recordada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

No son de recibo los cuestionamientos que la Obra Social introduce acerca de la relación de confianza entre médicos y pacientes, pretendiendo circunscribirla a ciertos ámbitos galénicos.-

Es que, a mi modo de ver, toda relación médico-paciente (en tanto el segundo encomienda al primero la atención de uno de sus bienes mas preciados: su propia salud o la de los suyos) está presidida por la confianza de éste hacia aquel inspirada en el saber profesional del médico (mi voto en causa nro. 56.736 R.S. 62/10).-

Así, y a mi modo de ver, la atención (obligada) por parte de un profesional que genere una dosis (razonable) de desconfianza agrede los mas elementales derechos de toda persona.-

Y aquí, como está dicho, tenemos una operación con un resultado frustrado, circunstancia -a mi juicio- idónea para que el paciente pudiera llegar a dudar del galeno y procurar (razonablemente) elegir otro.-

A lo que agrego que en ningún momento del expediente la Obra Social referenció la posibilidad de que existiera, en su cartilla, algún otro especialista distinto de aquel que operó primigeniamente al niño con versación suficiente para reoperarlo.-

Así entonces, es el déficit enunciado en el párrafo anterior, el que no deja otra opción que operar por fuera de sus prestadores.-

Veo -en estas circunstancias- una clara diferencia entre el presente y los fallos jurisprudenciales que evoca (fs. 107/109), quedando en claro que no se trata de casos con suficientes puntos de analogía.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Con todo, no parece que debamos desatender - completamente- los derechos de la apelante frente al contexto de incertidumbre ya reseñado.-

Desde esta Sala se señalaba -hace un tiempo atrás- que en materia procesal, existen valores que se juegan permanentemente en la concepción de todo sistema de juzgamiento; estos son básicamente, la justicia, la seguridad, la igualdad y la eficacia. Se puntualizaba también que los valores en cuestión oscilan en la escala axiológica conforme las diferentes pautas culturales y temporales que las determinan y que, después de decenas de años, asistimos a una reacción que se vincula a la entronización del valor eficacia del proceso y que, en la consecución de ese objetivo, confía al juez la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa y razonable, aunque demandándole que se mantenga, para llegar a ello, dentro de los límites de lo que su sistema de derecho le autoriza a hacer (voto del Dr. Calosso en causa 43615 R.S. 322/00).-

Memoraré también que hace ya varios años la buena doctrina viene hablando de reingeniería procesal para dar prevalencia a la garantía del debido proceso por sobre su reglamentación (SOSA, Toribio E., *Reingeniería procesal: la garantía del debido proceso y la norma de habilitación*, DJ 2005-1, 323).-

Sentado ello, entiendo que existe una posibilidad de compatibilizar ambos derechos.-

Decía anteriormente que, en el contexto enunciado, entendía que la sentencia apelada debía confirmarse.-

Empero, insisto, veo un modo de dejar a salvo los derechos de la apelante.-

Dice el art. 15 de la ley 13.928 que "*la sentencia*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

*firme que hace cosa juzgada respecto del amparo individual o colectivo, **deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo**".-*

Veo aquí un resquicio que permitiría una solución razonable.-

En efecto: si la Obra Social, como consecuencia de nuestra decisión, terminara abonando por un tratamiento que no le correspondiera, podría repetir -frente al responsable- lo abonado.-

Y aquí la Obra Social ha venido señalando -aunque sin hacer nada para demostrarlo- que los responsables de la frustración de la primer operación han sido los padres del niño.-

Luego, si la Obra Social -como consecuencia de lo aquí decidido- terminara asumiendo una deuda que no le es propia (en definitiva, la reparación del daño que el niño padece) y afrontando el pago en tal sentido, podría repetir, si acredita que dicho daño provino del accionar indebido de los padres, respecto de estos lo abonado (principio de los arts. 915 y 918 del CCyCN).-

La acción de amparo, en estos casos, operaría (si se me permite la analogía) del mismo modo que un proceso de ejecución; y la acción de repetición implicaría la vía del art. 551 del CPCC.-

Entiendo que, por este sendero, pueden compatibilizarse ambos derechos: resguardar el derecho a la salud del niño y no desatender totalmente los derechos de la obra social, operando -lo mas razonablemente posible- con la importante dosis de incertidumbre inserta en este proceso, atribuible -por cierto- a ambas partes (o, mejor, a sus asistencias letradas).-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Consecuentemente, y por todo lo que llevo dicho, entiendo que corresponderá confirmar la sentencia apelada en cuanto admitió la acción de amparo, aunque dejando establecido que la Obra Social demandada podrá repetir -si llegara a acreditar por la vía y forma que corresponda que la primitiva operación se frustró por responsabilidad de los padres del niño- la totalidad del monto abonado como consecuencia de las obligaciones impuestas en la sentencia.-

En cuanto a la imposición de costas de Alzada, teniendo en cuenta el resultado del recurso, la solución propuesta y lo dudoso de la cuestión, entiendo que deberán quedar impuestas en el orden causado (art. 68 2º p. CPCC).-

Asimismo, en cuanto a los honorarios de Alzada, por la labor de fs. 104/111, conforme lo resuelto en la presente y lo normado en el art. 31 del Dec. Ley arancelario, propongo se regulen los emolumentos del **Dr. H. O. G.** en la suma de **pesos un mil doscientos (\$ 1.200.-)**, con más la adición legal pertinente.-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta
PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **JORDA**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Ferrari.-

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada en cuanto admitió la acción de amparo, aunque dejando establecido que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la Obra Social demandada podrá repetir -si llegara a acreditar por la vía y forma que corresponda que la primitiva operación se frustró por responsabilidad de los padres del niño- la totalidad del monto abonado como consecuencia de las obligaciones impuestas en la sentencia.-

Costas de Alzada, en el orden causado, por los fundamentos dados en la votación (art. 68 2° p. CPCC).-

Asimismo, en cuanto a los honorarios de Alzada, por la labor de fs. 104/111, conforme lo resuelto en la presente y lo normado en el art. 31 del Dec. Ley arancelario, **SE REGULAN** los emolumentos del Dr. H. O. G. en la suma de pesos **un mil doscientos (\$ 1.200.-)**, con más la adición legal pertinente.-

REGISTRESE. REMITASE encomendándose a la Instancia de Origen las pertinentes notificaciones.-

Dr. ROBERTO CAMILO JORDA
Juez

Dr. FELIPE AUGUSTO FERRARI
Juez

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI
Secretario de la Sala Segunda de la
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial del Departamento Judicial
de Morón