

Bahía Blanca, 4 de mayo de 2021.

VISTO: Este expediente N° **FBB 10113/2020/CA1**, caratulado: “**BASUALDO, Lina Juana c/ OSECAC s/ Medida cautelar**”, venido del Juzgado Federal N° 2 de la sede, para resolver el recurso de apelación interpuesto el 15/3/2021 contra la sentencia del día 11/3/2021.

El señor Juez de Cámara, doctor Leandro Sergio Picado, dijo:

1ro.) El 11/3/2021 la Sra. Jueza de grado hizo lugar a la acción de amparo incoada por Lina Juana Basualdo contra la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) y ordenó a ésta que arbitre los medios para que en forma efectiva y urgente brinde la cobertura total e integral de: *a)* Implante de transducción ósea activo trascutáneo marca MED EL modelo BONEBRIGDE con procesador SAMBA para oído derecho; *b)* gastos médicos e insumos necesarios para los estudios previos y posteriores a la cirugía de colocación del implante coclear; *c)* cirugía de colocación de implante coclear con la atención de la Dra. Gisela Eldahuk –prestadora de la accionada–; *d)* gastos sanatoriales y honorarios médicos y cobertura, encendido, calibración post-implante y seguimiento de evolución del implante coclear colocado, prescrito por la profesional tratante, necesario para la preservación de la salud y calidad de vida de la actora.

2do.) Contra dicha resolución, el 15/3/2021 la demandada interpuso recurso de apelación en el que se agravió de que la colocación del implante coclear haya sido dispuesta con la atención de la Dra. Gisela Eldahuk, propuesta por la accionante, por cuanto OSECAC ofreció que sea llevada a cabo por el responsable del área de implante coclear de esa Obra Social, especialista en la materia, Dr. Eduardo Hocsman –coordinador del área otología-cirugía otológica de alta complejidad-implantes cocleares de la Fundación Favaloro, Jefe del Sector de Otología y Director del Programa de Implantes Cocleares del Hospital de Clínicas “José de San Martín”– quien es prestador de su mandante, siempre respetando la tecnología solicitada, lo que fue rechazado sin fundamentos atendibles por la actora.

Señaló que el carácter de prestadora de OSECAC “claramente se refiere como tal en relación a la prestación que requiere y no para atención primaria o de consultorio, por lo cual se reitera el carácter de no prestadora (de la Dra. Eldahuk), para la realización de lo pedido” y que desde el inicio se han puesto a disposición de la

USO OFICIAL



amparista los profesionales necesarios para la necesidad de salud que manifiesta, cumpliendo con las obligaciones a su cargo, atento a que solo está obligada a brindar prestaciones con sus prestadores ya que las obras sociales no tienen un sistema de salud abierto sino uno cuasi abierto en el que ésta ha de contar con una red a través de la cual sus beneficiarios obtendrán la debida cobertura.

En este sentido, manifestó que no se puede pretender, en el sistema de obra social solidario, la imposición de prestadores cuando su mandante le está ofreciendo tratar su problema de salud y que “la confianza, la proximidad de la galena que refiere como valioso, es un costo que no puede recaer sobre la obra social, si tal es así puede obtenerlo de su propio peculio, pero de los fondos que administra la obra social no puede complacer cuestiones secundarias en relación al mal que la aqueja de lo que se le ha ofrecido una solución plena”.

Por las consideraciones expuestas, solicitó que se revoque la sentencia en los términos pedidos.

3ro.) La actora no contestó el traslado del memorial de agravios por lo que se le dio por decaído el derecho que dejó de usar (providencia del 7/4/2021).

Por su parte, y ya en esta instancia, el 7/4/2021 se le dio intervención al Sr. Fiscal General, quien presentó su dictamen el día 14/4/2021, propiciando el rechazo del recurso.

4to.) El caso de autos trata sobre una mujer de 60 años, afiliada a la OSECAC, que padece hipoacusia súbita en su oído derecho con acufeno persistente agudo, lo que “interrumpe con las tareas de la vida cotidiana y el descanso”. En función de dicha patología le fue prescripto, por su médica otorrinolaringóloga tratante, Dra. Gisela Eldahuk, la colocación de un “implante activo transcutáneo de conducción ósea modelo BONEBRIDGE para oído derecho” marca “Med El” con “procesador SAMBA” (cf. documentación acompañada al escrito de inicio: DNI amparista, carnet de afiliación, resumen de historia clínica del 16/10/2019, prescripción del 2/10/2019, presupuesto N° 1910188 del 3/10/2019 y demás constancias).

Al reclamar la cobertura de la prestación por carta documento, la amparista recibió como respuesta que “a los fines de que sea evaluada por los

USO OFICIAL



profesionales de la Obra Social, se le ha concedido turno **PARA EL DÍA 07-01-2020 A LAS 9:30 HS. con el DR. HOCSMAN en APRESA BOULOGNE SUR MER**”, debiendo “gestionar la derivación ante su Delegación de cabecera” (el resaltado es original).

Ante esto, la amparista remitió una nueva carta documento rechazando atenderse con el Dr. Hocsmán en la Localidad de Boulogne Sur Mer ya que desde abril de 2019 se atiende con la Dra. Eldahuk, médica que es prestadora de OSECAC y que había sido designada por ella como prestadora para su atención en esta ciudad, no obstante lo cual pretenden que se atienda con un profesional que no conoce, que no es de su confianza y cuyo consultorio se encuentra a más de 600 km. de su hogar, no poseyendo medios económicos para trasladarse acompañada de un familiar, como su patología lo exige, más de una vez, como sería necesario para realizar la intervención. Asimismo, recalcó que la Dra. Eldahuk realiza el procedimiento en cuestión, siendo una médica especializada ampliamente reconocida, de amplia trayectoria. Por estas razones, solicitó que se autorice la atención y la realización de la intervención con esta profesional y no con el ofrecido por la ahora demandada.

Esta solicitud no fue acogida por OSECAC, quien contestó reiterando el turno dispuesto por su Gerencia Médica con el Dr. Hocsmán y destacó que ella “otorga cobertura de la prestación solicitada con profesional destacado en la materia y respetando la tecnología solicitada llevando la intervención a cabo en sanatorio de Alta complejidad”.

5to.) Ahora bien, conforme surge de lo expuesto anteriormente, en el caso no se encuentra discutida ni la patología de la actora, ni su condición de afiliada a la obra social demandada, ni tampoco la procedencia de la cobertura de la intervención de colocación del “implante de transducción ósea activo trascutáneo”.

Por ende, y atento a cuanto fue materia de agravios, la cuestión traída a conocimiento de esta Sala se circunscribe a determinar *si corresponde que dicho procedimiento sea llevado a cabo a través del prestador ofrecido por la demandada o de la médica otorrinolaringóloga que trata a la amparista en esta ciudad*; por lo que nuestro conocimiento deberá ceñirse a resolver únicamente esta cuestión dado que “la competencia del tribunal de apelación se encuentra acotada por

USO OFICIAL



los agravios contenidos en los recursos concedidos y la prescindencia de tal límite lesiona las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio (doctrina de Fallos: 311:1601; 316:1277, entre muchos otros)”.
USO OFICIAL

6to.) Primeramente, cabe señalar que las obras sociales se rigen por las leyes 23.660 y 23.661 y se erigen como agentes naturales del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el que tiene como objetivo “proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva” (art. 2, ley 23.661). A su vez, la normativa dispone que se promoverá “la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios, donde ello fuere posible” (art. 25, ley cit.).

De acuerdo con el criterio de justicia distributiva, debe tenerse presente que el sistema de cobertura de las obras sociales no contempla la libre elección de médicos y prestadores entre todo el universo de profesionales, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por dichas entidades para la atención de sus afiliados, en relación a las peticiones y servicios de salud que se requieran, entre los que sí se puede elegir libremente.

Uno de los pilares del sistema cerrado de salud es que los beneficiarios se atiendan con los prestadores de la cartilla, reservándose las obras sociales para sí la potestad de definir el cuerpo de especialistas y las instituciones que ponen a disposición de sus usuarios teniendo en cuenta las necesidades de cada patología.

Con esto en vistas, y habiendo ponderado las posturas sostenidas por ambas partes, así como la prueba obrante en autos, considero que asiste razón a la apelante en cuanto a que ***es su prestador quien debe llevar adelante la intervención requerida, siendo éste el que le fue ofrecido a la amparista en forma previa al inicio de estas actuaciones –Dr. Hocsman– y no la Dra. Eldahuk.***

Ello así ya que lo alegado por la demandada en cuanto a que la médica que trata a la Sra. Basualdo en esta localidad es prestadora de la Obra Social en cuestión para realizar prácticas que no incluyen la prestación aquí solicitada se



USO OFICIAL

condice con lo consignado en la “Propuesta para la atención de beneficiarios de O.S.E.C.A.C.” acompañada por dicha profesional médica en oportunidad de brindar declaración testimonial en el presente, de donde surge que los únicos códigos a los que tiene acceso son los detallados en el “Anexo I”, correspondiente a “Consulta” y a “Rinofibrolaringoscopia con o sin video”, no encontrándose entre ellos contemplada la colocación del implante objeto de estas actuaciones.

Por consiguiente, atento a que un profesional de la salud puede resultar prestador de una Obra Social para ciertas prácticas e intervenciones mientras que para otras no, siendo que lo sostenido por el representante de OSECAC respecto de la falta de inclusión de la Dra. Eldahuk en su cartilla de prestadores en relación al procedimiento específico requerido por la actora se compadece con la documental obrante en autos, y dado que la amparista no acreditó tener derecho, ni aportó justificativo válido para que la práctica –que fue ofrecida mediante un prestador de la demandada– sea realizada, a elección suya, con una profesional diferente ajena a la cartilla de la obra social –en relación a esta prestación en particular–, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada, modificándose la sentencia de grado en cuanto al prestador mediante el cual ha de realizarse el procedimiento, ya que ésta no está obligada a otorgar cobertura más allá de lo que la ley manda (art. 19, CN).

7mo.) Finalmente, corresponde se impongan las costas de ambas instancias por su orden, atento el modo en que se resuelve y, en esta instancia, por ausencia de contradicción (arts. 68, segundo párrafo, y 279 del CPCCN).

Por los motivos expuestos, **propongo al Acuerdo: 1ro.)** Se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada el 15/3/2021 y, en consecuencia, se modifique la resolución de fecha 11/3/2021 en cuanto al prestador que ha de llevar adelante la intervención, el que deberá ser aquél ofrecido oportunamente por OSECAC y que se encuentra dentro de su cartilla de prestadores en relación a este procedimiento en particular; con costas de ambas instancias por su orden (arts. 68, segundo párrafo, y 279, CPCCN). **2do.)** Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo Esteban Larriera, dijo:



Disiento respetuosamente con la solución a la que arriba mi colega preopinante en tanto hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la obra social demandada.

Sintéticamente, tal como se expuso en el voto que lidera el acuerdo, aquí no se encuentra controvertida la patología que aqueja a la Sra. Basualdo –*hipoacusia profunda unilateral de perdida súbita con un acufeno agudo permanente de oído derecho*–, como así tampoco el insumo prescripto por su medica tratante, Dra. Gisella Eldahuk –otorrinolaringóloga– necesario para su rehabilitación. La cuestión a dilucidar radica en torno al galeno que deberá llevar a cabo la cirugía de implante coclear, es decir, si la intervención se debe realizar en esta ciudad con la médica personal de la amparista, Dra. Eldahuk o con el Dr. Hocsman en APRESA Bolougne Sur Mer de CABA, propuesto por la demandada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el consultorio del prestador ofrecido por OSECAC se encuentra a más de 700 km de distancia con los consabidos inconvenientes y costos económicos que le ocasionaría a la actora su trasladado en diferentes oportunidades, sumado a la situación epidemiológica por la que atraviesa el país, entiendo que la decisión más apropiada para el presente es llevar a cabo la intervención en la localidad de Bahía Blanca con la médica especializada de confianza de la amparista, Dra. Gisella Eldahuk (prestadora de OSECAC desde hace más de cinco años, cfr. declaración testimonial de f. 75).

Por esta razón, tal como lo he sostenido en autos **FBB 29744/2018/CA1, “HAAG, DORA SUSANA c/ PAMI (INSSJP) s/ Amparo Ley 16.986”**, no puede la obra social sustituir eficazmente el criterio del médico a cargo del tratamiento de un paciente, dado que el galeno no solo realiza el seguimiento del paciente sino que también es responsable del diagnóstico y tratamiento indicado.

Que la actora pretenda la obtención de la cobertura de la práctica quirúrgica con la Dra. Eldahuk, no resulta una conducta antojadiza ni sujeta a una mera elección de la paciente, por el contrario y conforme a las constancias obrantes en el expediente, la amparista viene siendo tratada de su patología por dicha especialista, por lo que imponerle la intervención de otros facultativos contraría la buena relación médico-paciente, por ello entiendo corresponde rechazar el recurso intentado.

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación

Expte. N° FBB 10113/2020/CA1 – Sala II – Sec. 1

Por los motivos expuestos, **propicio y voto: 1ro.)** Se rechace el recurso de apelación interpuesto el 15/03/2021 contra la resolución dictada el 11/03/2021 **2do.)** Se impongan las costas por su orden, por no mediar oposición de la contraria (arts. 68, 2^{do.} § y 69 del CPCCN). **3ro.)** Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

La señora Jueza de Cámara, Silvia Mónica Fariña, dijo:

En cuanto a la disidencia generada por mis colegas preopinantes, voy adherir al voto del Dr. Pablo Esteban Larriera, por compartir sus fundamentos en el presente caso.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, **SE RESUELVE: 1ro.)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto el 15/03/2021 contra la resolución dictada el 11/03/2021. **2do.)** Imponer las costas por su orden, por no mediar oposición de la contraria (arts. 68, 2^{do.} § y 69 del CPCCN). **3ro.)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N^{ros.} 15/13 y 24/13) y devuélvase.

Silvia Mónica Fariña

Pablo Esteban Larriera

Leandro Sergio Picado

Nicolás Alfredo Yulita
Secretario de Cámara

cl

