

Bahía Blanca, 1 de febrero de 2022.

**VISTOS:** El expediente n<sup>o</sup>. **FBB 3361/2021/CA1**, caratulado: “**PESCE, LUCIANO CARLOS ARIEL c/SWISS MEDICAL S.A. s/AMPARO LEY 16.986**”, originario del Juzgado Federal de n<sup>o</sup>. 1, puesto al acuerdo en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 71/78 contra la sentencia de fs. 65/70 del sistema digital Lex100.

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

**1ro.)** El Sr. Juez de grado hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por Luciano Pesce y, en consecuencia, ordenó a Swiss Medical SA el pago de lo abonado en función de la de cirugía endovascular láser de VSM, venas perforantes, microcirugía unilateral y cirugía endoluminal láser realizadas –sujeto a la presentación de las facturas respectivas en sede administrativa–.

Por último, impuso las costas a la demandada vencida (art. 14, Ley 16.986) y difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, hasta tanto denuncien su situación previsional y acrediten la impositiva actual.

**2do.)** Contra lo así resuelto, la apoderada de Swiss Medical S.A. apeló a fs. 71/78.

En síntesis, sostuvo que: *a)* su mandante no se encuentra obligada a la cobertura de la práctica reclamada en tanto no se encuentra incluida en el PMO, sumado a ello, el actor no acompañó documentación de la que pueda colegirse que la práctica indicada sea la única alternativa –y exclusiva- para paliar su dolencia, dejando de lado el *a quo* las terapias ofrecidas por Swiss Medical S.A.; *b)* desde Auditoria Médica se puso a disposición del Sr. Pesce distintas alternativas terapéuticas, esto es: Safenectomía interna y/o externa; Operación de linton, gockett o similares -ligaduras subaponeuroticas; y esclerosis por varices, por lo que su conducta no puede calificarse como arbitraria; *c)* a través del amparo se está condenando a su representada al reintegro de una suma de dinero que no se encuentra individualizada, liquidada ni demostrada, debiendo las cuestiones meramente patrimoniales reclamarse por la vía ordinaria; *d)* la sentencia en crisis viola el principio de congruencia, porque va más allá de lo planteado por la actora al interponer su acción, configurando una suerte de “*EXTRA PETITA*”.

**3ro.)** Corrido el traslado del memorial de agravios (f. 79), la parte actora no contestó, dándosele por decaído el derecho que ha dejado de usar (f. 80). Por

USO OFICIAL



su parte, el Sr. Fiscal General asumió la intervención que le compete a fs. 83/84 y propició el rechazo del recurso interpuesto o –en todo caso– y habiendo cesado la urgencia, la anulación del fallo y la producción de la prueba ofrecida por la parte actora.

**4to.)** Previo a ingresar al estudio de la cuestión sometida a análisis, resulta conveniente realizar una breve síntesis de lo acontecido en autos, en todo cuanto se relaciona con el objeto traído a decisión.

Del expediente digital surge que el 14/07/2021 el Sr. Luciano Pesce interpuso acción de amparo con medida cautelar contra SWISS MEDICAL S.A a los efectos de que se la condene a la cobertura íntegra de la cirugía endovascular laser de VSM, venas perforantes y microcirugía unilateral y su posterior tratamiento de rehabilitación, en razón del diagnóstico de insuficiencia severa de VSM, múltiples flebectasias en muslo, pierna y tobillo dependiente de VSM y venas perforantes.

Acompañó a tal efecto, las historias clínicas del Centro Privado de Flebología Laser suscriptas por el Dr. Guillermo Camicia –Especialista en Cirugía Vasculard Periférica–. En ellas, dada la “*“severidad del cuadro de insuficiencia venosa superficial del paciente”*” el especialista indicó: “*Cirugía endovascular se VSM, VENA PERFORANTES y microcirugía unilateral*”, en el Hospital Italiano de ésta ciudad, con fecha programada para el 20/07/2021 (cfr. ampliación de historia clínica del 12/07/21 y prescripción médica del 20/07/21).

Según relató el actor en su escrito de inicio, se remitió un email a la accionada, junto con la documentación necesaria para solicitar la cobertura de la cirugía prescrita por el Dr. Camicia, no obstante, la demandada –vía telefónica– negó la cobertura por entender que se trataba de una “cirugía estética”.

Ello motivó la intimación del actor por carta documento de fecha 01/7/2020, la cual fue rechazada por el Instituto demandado con fecha 06/7/2020, alegando que no se encuentra obligada a brindar dicha cobertura toda vez que no se encuentra contemplada en la normativa vigente en la materia (Res. N° 201/2002 del Ministerio de Salud) como así tampoco en los alcances del plan del que el actor es titular. Sin embargo, informó que conforme al análisis realizado por Auditoria Medica en base a la documentación medica obrante en sus registros y al diagnóstico del Sr. Pesce existían otras alternativas terapéuticas, como: “*Safenectomia interna y/o*

USO OFICIAL



*externa, Operación de Linton, gockett o similares –ligaduras subaponeuroticas; esclerosis por varices, en un todo de conformidad con la normativa vigente en la materia y los alcances del plan médico asistencial contratado” (cfr. documental de fs. 21/22 y fs. 16/20).*

El 05/08/2021 –según surge del Sistema de Gestión Judicial Lex100- antes de que pasen los autos a despacho para resolver y en cumplimiento a la intimación cursada por el Juez de grado a f. 23, la parte actora informó que el 20/07/21 se realizó efectivamente la operación de cirugía láser de varices, la cual debió ser soportada integralmente por el Sr. Pesce (f. 25), acompañando la factura respectiva por la suma de \$ 84.000 (f. 24).

Atento a ello, el 09/08/21 el juez de grado resolvió declarar abstracta la medida cautelar solicitada (fs. 28/29).

El 11/08/21 se hizo lugar parcialmente al amparo, ordenando a Swiss Medical S.A. el reintegro de lo abonado por el Sr. Pesce en función de la cirugía endovascular láser de VSM, venas perforantes, microcirugía unilateral y cirugía endoluminal láser realizadas –sujeto a la presentación de las facturas respectivas en sede administrativa– (fs. 65/70), decisorio que motivó el recurso de apelación interpuesto por la empresa de medicina prepaga.

**5to.)** Ahora bien, resulta pertinente destacar que en el presente no se encuentra controvertido que el Sr. Pesce está afiliado a Swiss Medical S.A. (cfr. copia de DNI y constancia de afiliación), como así tampoco la patología que padece “*várices en miembro inferior derecho por insuficiencia severa DE VSM (vena safena magna) en todo su eje. Múltiples flebectasias en muslo, pierna y tobillo dependientes de VSM y venas perforantes*” (cfr. historia clínica ampliada del 12/07/21).

Por el contrario, el eje del debate se circunscribe a determinar si la demandada se encuentra obligada a brindar la cobertura de la cirugía reclamada y, por ende, al reintegro de lo abonado por el Sr. Pesce –reintegro que a criterio de la prepaga no procede, en tanto no fue peticionado en demanda–.

En este sentido y en concordancia con lo manifestado por el Sr. Fiscal Federal en su dictamen, de la documental aportada por la parte actora, no surge el carácter “urgente” de la cirugía peticionada, circunstancia que hubiere justificado el proceder del Sr. Pesce antes del fallo definitivo.

USO OFICIAL



Por lo tanto entiendo que, sin desconocer que la decisión del profesional médico que atiende al accionante se basó en el conocimiento que tiene de aquel y su evolución del cuadro clínico, considero que para determinar si corresponde o no obligar a la demandada al reintegro no encuentro acreditada la urgencia que amerite hacer lugar a lo peticionado, debiendo la cuestión ser examinada debidamente, resultando conducente a tal efecto y en concordancia con lo expuesto por el Fiscal Federal en su dictamen, la producción de prueba. Ello, a los fines de contar con la información científica suficiente acerca del carácter urgente de la cirugía láser y de la conveniencia de la misma frente a las otras alternativas terapéuticas ofrecidas por la prepaga.

Frente a este déficit probatorio y atento a la naturaleza de los derechos en juego, considero que la prueba pericial médica en casos como el de autos adquiere un valor significativo, por tratarse de un verdadero asesoramiento técnico de auxiliares del órgano jurisdiccional, cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas que amparan la actuación de los funcionarios judiciales.

A la luz de ello, entiendo corresponde a la instancia de origen solicitar la opinión del Cuerpo Médico Forense para que dictamine: a) si es correcto el tratamiento propuesto por el Dr. Camicia; b) Si puede establecer las diferencias con los tratamientos propuestos por la demandada, en razón de su recuperación y rehabilitación. Como así también los tiempos de internación de las mismas; c) conveniencia de realizar el tratamiento ordenado por el Dr. Camicia.

Por ello, **propongo al acuerdo: 1ro.)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 71/78 y, en consecuencia, revocar la sentencia definitiva con el alcance indicado. Sin costas, atento a como se resuelve (art. 68, 2do. párr., CPCCN). **2do.)** Reenviar las actuaciones a la instancia de grado a fin de que dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

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

**1ro.)** Tal como relata el primer voto, el amparista interpuso la presente acción, el 14/7/2021, con el objeto de obtener cobertura, por parte de la empresa de medicina prepaga a la que está afiliado, de la **cirugía endovascular laser de VSM, venas perforantes y microcirugía unilateral**, que le había sido prescripta

USO OFICIAL



USO OFICIAL

por su médico tratante en razón del diagnóstico de insuficiencia severa de VSM, múltiples flebectasias en muslo, pierna y tobillo dependiente de VSM y venas perforantes, y su posterior tratamiento de rehabilitación, del que no obra prescripción médica alguna en la documentación acompañada a la demanda.

Durante el transcurso del proceso, el accionante decidió someterse a la cirugía cubriendo sus costos de forma particular (cf. escrito del 5/8/2021 en donde informa que la operación se llevó a cabo el 20/7/2021). Por consiguiente, el objeto de autos, que radicaba en la cobertura del procedimiento, se vio modificado, ya que al haber sido realizado a costa del interesado, su salud ya no se encuentra en peligro y lo único que subsiste, como pretensión, es el **reintegro** de los gastos en los que incurrió éste.

**2do.)** Cabe recordar que nos encontramos en el marco de una acción de amparo y que la ley 16986 que la regula establece, en su art. 2, inc. “a”, que ésta no será admisible cuando “[e]xistan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

Asimismo, en su art. 1, la norma en cuestión establece que “la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional”.

Al respecto, debe tenerse presente que “el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva” (*Fallos*: 327:5246, 328:1708, 328:4640 y 330:1279, entre muchos otros).

Por lo tanto, si no se encuentran reunidos todos los extremos apuntados, el amparo debe rechazarse, no siendo suficiente que la acción tenga jerarquía constitucional para dar curso a cualquier pretensión de los particulares.



**3ro.)** Dicho cuanto antecede, y teniendo en cuenta que “las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas” (*Fallos*: 311:787; 329:3089; 338:1110; 340:1433; 341:1356; 341:590; 341:471, entre otros), considero que la acción intentada no puede prosperar ya que, de avalar este proceder, se estaría desnaturalizando la vía extraordinaria prevista por el legislador para casos en los que estén en juego derechos constitucionales, amenazados o lesionados arbitraria o ilegalmente, que no cuenten con otra forma de ser protegidos.

En este caso particular, el actor interpuso la acción de amparo seis días antes de la fecha prevista para la cirugía y luego se sometió a dicha cirugía en forma particular, transformando, en ese brevísimo período, al proceso excepcional iniciado en una repetición o un cobro de pesos. Entonces, no se trata ya de un reclamo de cobertura de salud, sino de una controversia que versa sobre una cuestión patrimonial que no debe ser canalizada por la acción de amparo, ya que resulta ajena a la finalidad de este tipo de trámites de la causa –amparos o sumarísimos– derechos que pueden hacerse valer por la vía administrativa y/o judicial y en los tipos de procesos que correspondan (cfr. doctrina de *Fallos*: 258:120)<sup>1</sup>.

**4to.)** Ahora bien, más allá de que lo expuesto alcanza para sellar la suerte del recurso –por su procedencia–, también se advierte que la acción no podía prosperar por no encontrarse reunido el requisito fundamental que habilita la vía intentada, a la sazón, no se observa que haya habido un acto u omisión, por parte de la prepaga demandada, que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías constitucionales del amparista (cf. art. 1, ley 16986 y art. 43, CN).

La demandada Swiss Medical S.A., ante la solicitud de cobertura de la cirugía pretendida por el amparista, contestó, vía carta documento remitida el 6/7/2021, que no se encontraba obligada a brindar dicha cobertura por no encontrarse contemplada en la normativa vigente en la materia (PMO) ni tampoco en los alcances del plan del que resulta titular el Sr. Pesce, pero que, conforme al análisis realizado por su auditoría médica con base en la documentación médica, se ofrecían distintas alternativas terapéuticas con las que cuenta, tales como: “Safenectomía interna y/o

<sup>1</sup> CFABB, FBB 31217/2018/CA1, caratulado “*SCHVERT, Mario Rubén c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo Ley 16.986*”, Sala II, Sec. 2, del 2/7/2019.



externa; Operación de linton, gockett o similares -ligaduras subaponeuróticas; esclerosis por várices, en un todo de conformidad con la normativa vigente en la materia y los alcances del plan médico asistencial contratado”.

De esto surge que la empresa de medicina prepaga a la que se encuentra afiliada el amparista ofreció oportunamente distintas opciones para tratar su patología, con su adecuada cobertura, sin que éste haya logrado demostrar, mediante la documentación acompañada al inicio de la acción, su improcedencia para dar respuesta a su dolencia ni tampoco siquiera las razones médicas y científicas objetivas por las cuales se prefiere la requerida a las propuestas por Swiss Medical S.A.

Por consiguiente, considero que la acción de amparo tampoco debía obtener favorable acogida, aun si se prescindiese de lo expuesto en el consid. 3ro. respecto de la naturaleza de la pretensión actual y su ajenidad a esta vía, por no advertirse, de forma manifiesta, que la prepaga haya obrado con ilegalidad o arbitrariedad al rechazar la cobertura de la cirugía solicitada por su afiliado, ya que se fundó en su plan médico y en el PMO para hacerlo y ofreció alternativas de tratamiento en forma oportuna, por lo que no incumplió con el deber de informar derivado de la calidad de contrato de consumo que une a las partes, ni tampoco con el de asistencia y buena fe (cf. art. 2 de la ley 26682, arts. 1, 2 y 3 de la ley 24240, y arts. 1092 y ssgtes. del CCyC).

**5to.)** En consecuencia, y por todas las razones expuestas, no cabe otra opción que hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia de primera instancia, con costas al accionante (art. 14, ley 16986 y art. 68, CPCCN).

Por ello, **propongo al Acuerdo: 1ro.)** Se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, se revoque la sentencia de grado del 8/11/2021. **2do.)** Se impongan las costas de ambas instancias al actor (art. 14, ley 16986 y art. 68, CPCCN). **3ro.)** Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron, para la vez que se estimen los de la instancia de grado (art. 30, ley 27423).

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

USO OFICIAL



Adhiero a la solución propuesta por el doctor Leandro Sergio Picado, por compartir en lo sustancial sus fundamentos. En un supuesto similar me expedí recientemente en “Sassi” (expte. N° FBB 3253/2021, sent. del 12/12/2021).

Sólo me permito aclarar que las consideraciones efectuadas no importan abrir un juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión actual del amparista en orden al derecho que entiende que le asiste, la cual podrá –entonces– ser discutida y atendida por la vía y en la oportunidad que corresponda.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, **SE RESUELVE: 1ro.)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado del 8/11/2021. **2do.)** Imponer las costas de ambas instancias al actor (art. 14, ley 16986 y art. 68, CPCCN). **3ro.)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron, para la vez que se estimen los de la instancia de grado (art. 30, ley 27423).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N<sup>ros.</sup> 15/13 y 24/13) y devuélvase.

**Pablo Esteban Larriera**

**Leandro Sergio Picado**

**Silvia Mónica Fariña**

**María Alejandra Santantonin**  
Secretaria

cl



USO OFICIAL



USO OFICIAL

---

Fecha de firma: 01/02/2022

Firmado por: MARIA ALEJAND SANTANTONIN, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: SILVIA MONICA FARIÑA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO ESTEBAN LARRIERA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LEANDRO SERGIO PICADO, JUEZ DE CAMARA



#35668637#314860332#20220201130539786