

Provincia de Córdoba



*Poder Judicial
Fiscalía General*



CONFIRMADO POR TSJ, AUTO N° 37 DEL 27/05/2019

DICTAMEN E N° 739

**AUTOS: “CARACCILO, ANA
INES C/ ADMINISTRACIÓN
PROVINCIAL DEL SEGURO DE
SALUD (APROSS) – AMPARO”
(EXPTE. N° 6932631)**

Excmo. Tribunal Superior de Justicia:

I. VE ha corrido vista a este Ministerio Público en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la demandada Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross) (fs. 143/148), en contra del Auto N° 61 de fecha 29/01/2018 (fs. 133/136vta.) dictado por la Cámara de FERIA de la ciudad de Río Cuarto. El recurso fue concedido mediante Auto N° 28 del 23/02/2018 (fs.177/178) por la Cámara en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, a la que luego se remitió la causa (fs. 150/vta.).

II. Antecedentes de la causa

La Sra. Ana Inés Caracciolo promovió acción de amparo en contra de la Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross), a fin de obtener por parte de aquel la provisión de los fondos necesarios para adquisición de lentes de contacto de apoyo escleral, en razón de su diagnóstico de queratocono progresivo, una enfermedad degenerativa de la vista.

Solicitó como medida cautelar innovativa, que se le otorguen los fondos suficientes para la adquisición de un nuevo par de lentes de contacto de apoyo escleral en el centro de baja visión Eduardo Elvira donde se trata, como así también la cobertura de todos los gastos que infiere su manutención y las prestaciones que en el futuro le prescriba el médico tratante.

Admitida la acción, la cámara interviniente tuvo por acreditada la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, tras lo que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la amparista. Previa fianza, ordenó a la demandada la inmediata cobertura del recambio de lentes de apoyo escleral, según la prescripción correspondiente y el presupuesto obrante a fs. 94.

En contra de lo resuelto, la parte demandada interpuso recurso de apelación. En su escrito impugnativo, solicitó que se conceda con efecto suspensivo y pidió la aplicación del art. 15 de la Ley N° 4915. El tribunal desestimó el pedido de la apelante y concedió el recurso sin efecto suspensivo.

Por otro lado, surge del expediente y de las constancias del SAC que se tienen a la vista, que previo a iniciarse la presente acción, la amparista solicitó una medida autosatisfactiva a los fines de que se ordene a la demandada la provisión de los lentes referenciados. La medida fue resuelta de manera parcialmente favorable (fs. 79/90 vta.), y si bien la Apress impugnó la decisión, luego se declaró la perención de la instancia de apelación por falta de impulso procesal (Auto N° 255 del 03/10/2017 dictado por la Cámara 2° en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto en los autos “Caracciolo, Ana Inés C/ Administracion Provincial De Seguro De Salud (Apress)- Abreviado” (Expte. N° 2722845),

III. Expresión de agravios de APROSS

La apelante se queja por la medida cautelar concedida. Denuncia que en el caso hay inexistencia de verosimilitud del derecho, que el análisis de tal recaudo efectuado por el tribunal *a quo* se basa sólo



en los dichos de la reclamante. Dice que se pretende la cobertura en una óptica elegida por la propia amparista y que se está frente a un pedido de erogación de dinero para el cual el amparo no es la vía.

Critica que no se justificó oportunamente el recambio de lentes objeto de la acción, pese a haberse notificado a la Sra. Caracciolo de la necesidad de contar con informe del oftalmólogo tratante. Que es necesario que la prescripción sea realizada por un médico especialista en oftalmología, que un técnico en contactología no es profesionalmente idóneo para determinar una indicación. Dice que nunca se le notificó del certificado médico incorporado a fs. 129/131.

Dice que en la resolución de la medida autosatisfactiva se depositó el importe promedio que surgía de los presupuestos acompañados por la amparista como por la demandada, y que se ordenó a la primera soportar la diferencia. Ello, porque no logró demostrar que las ópticas proveedoras de Apross no estuviesen en igualdad de condiciones que la óptica elegida por la amparista.

Alega que el médico especialista en queratocono y queratoplastia Dr. Roger Onnis atendió oportunamente a la Sra. Caracciolo, al responder al oficio librado por el juzgado dijo: “se deriva al paciente a un contactólogo de su elección para que le indique las opciones de lentes existentes para la patología que padece. En general se suelen recomendar tres o cuatro contactólogos o empresas que se dediquen a la fabricación o comercialización de lentes, pero nunca se determina o indica sola. Por lo tanto, respecto de la propuesta formulada por Apross a la paciente Caracciolo, consistente en “poner a disposición lentes de procedencia importada que se manufactura en Argentina de marca Permealent, material provisto por óptica Crillón” resulta adecuada”. En base a ello, dice que la amparista no cuenta con

justificativo médico para pretender que Apress otorgue cobertura a través de una óptica no prestadora, porque se trata de una mera elección personal que en nada obliga a Apress cuando cuenta con ópticas prestadoras de igual o mejor capacidad que la requerida.

De ahí que a entender de la apelante, no surge la verosimilitud del derecho invocado ya que no existe acto lesivo.

Seguidamente se agravia en que no existe peligro en la demora que justifique conceder la medida cautelar, que al no habersele dado oportunidad de defenderse del informe médico acompañado por la actora, se violó su derecho a expedirse por sus médicos auditores.

Se queja porque la cautelar otorgada coincide con el objeto del amparo, lo que implica la ejecución de una sentencia aún inexistente. Considera que el actor ha logrado el objetivo del pleito principal mediante la admisión de la medida cautelar.

Finalmente, solicita la concesión de la apelación con efecto suspensivo, según el art. 15 de la Ley de Amparo. Ofrece prueba documental y formula reserva del caso federal.

Concedida la apelación sin efecto suspensivo (fs. 177), la demandada compareció y acreditó el cumplimiento de lo ordenado en el auto apelado (fs. 189). A tal efecto, acompañó copia del depósito realizado el día 02/03/2018 por la suma de \$27.000 abierta para estos autos (fs. 187), monto que se desprende del presupuesto que acompañó la afiliada. Pone de manifiesto que ello implica el cumplimiento de todo el objeto de la acción judicial.

Elevados los autos ante VE, la amparista contestó los agravios y solicitó el rechazo del recurso.

IV. Análisis del recurso

Previo a ingresar al estudio de la materia recursiva, se aclara que la afiliada amparista, previo a iniciar la acción de amparo, solicitó como medida autosatisfactiva la provisión de los lentes de apoyo escleral

Provincia de Córdoba



*Poder Judicial
Fiscalía General*



cuyo recambio solicita a la Apress en este pleito. La medida fue resuelta de manera parcialmente favorable (fs. 79/90 vta.), y si bien la Apress impugnó la decisión, luego se declaró la perención de la instancia de apelación por falta de impulso procesal (Auto N° 255 del 03/10/2017 dictado por la Cámara 2° en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto en los autos “Caracciolo, Ana Inés C/ Administracion Provincial De Seguro De Salud (Apress)- Abreviado” (Expte. N° 2722845).

Sentado lo anterior, corresponde analizar la apelación.

Surge de las constancias del caso reseñadas precedentemente que la demandada Apress a fs. 189 ha dado cumplimiento a lo ordenado mediante el auto apelado. En efecto, en dicho decisorio se resolvió hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la amparista y en consecuencia, ordenar al Apress que brinde cobertura integral al recambio de los lentes de apoyo escleral conforme el presupuesto de fs. 94. De la lectura de dicha documental emana que los lentes requeridos se presupuestaron por la suma total de \$27.000, y de la constancia de fs. 187 consta que la demandada realizó un depósito por \$27.000 a favor de la afiliada en la cuenta judicial habilitada para estos autos.

En consecuencia, es evidente que lo ordenado ha quedado cumplimentado en su totalidad, por lo que la cuestión planteada por la demandada en su apelación ha perdido toda virtualidad. De ahí que no corresponde que se emita decisión alguna al respecto, porque resultaría abstracta desde todo punto de vista.

Sin embargo, eso no exime de analizar la legitimidad o ilegitimidad de la cautelar que se cuestionó, porque ello es necesario para resolver quién debe cargar con las costas generadas por el recurso.

Sobre este tema, es opinión de esta Fiscalía General que le asistía razón a la apelante cuando cuestionaba la orden judicial, porque es claro que no concurrían en el caso los presupuestos básicos para su procedencia, esto es el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, con mayor razón si en el caso se trataba de una cautelar innovativa respecto de las cuales la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en sostener que requieren un examen más riguroso y una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (CSJN, Fallos 320: 2697; 321: 695; 325:2037 y 2367; Sagüés, Néstor P. “Derecho Procesal Constitucional”, Tomo 3 “Acción de amparo”, Astrea, 2009, pag. 504).

En efecto, resulta cuanto menos discutible que el derecho cuya lesión invocó la accionante haya tenido apariencia de buen derecho, lo que en el caso del amparo implica la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto que se denuncia como lesivo, pues la negativa de la demandada a cubrir el costo de los lentes reclamados se fundaba en que lo requerido no había sido prescripto por un médico oftalmólogo, sino por un técnico en contactología, y que además el profesional no estaba incluido dentro de la cartilla de prestadores de Apross, en base a lo dispuesto por los arts. 10 inc. “a” y 14 de la Ley N° 9277.

Es que si bien el Estado es el garante del derecho a la salud, de acuerdo a lo que se comprometió en la Carta Magna, los deberes a cargo de aquél no eximen a las personas afiliadas a un plan asistencial de sujetarse al régimen de cobertura al que se han sometido y que en principio se circunscribe a una nómina de prestadores, si lo ofrecido dentro del menú prestacional de Apross coincide con lo prescripto para el afiliado por los profesionales médicos. Dicha circunstancia no constituye de por sí una violación a los derechos a la vida y a la salud del amparista, los que no aparecen vulnerados por el hecho de que la obra social quiera brindar la cobertura a través de un prestador inscripto.

En esta causa, se verifica que la Apross no ha negado en ningún momento la cobertura solicitada, sino que simplemente la

Provincia de Córdoba



*Poder Judicial
Fiscalía General*



sujetó a que ella sea prescripta por profesional idóneo (fs. 56) y brindada a través de sus instituciones prestadoras de la obra social (fs. 76/77). Todo ello fue contestado por Apress a la afiliada con anterioridad a iniciarse la acción de amparo (18/01/2018), en el marco del trámite administrativo en el cuál ésta requirió la cobertura.

Por las mismas razones es que tampoco se encuentra acreditada la apariencia de ilegalidad o arbitrariedad del acto cuestionado, así como la probabilidad de que la lesión afecte un derecho constitucional del afiliado.

Asimismo, no se verifica cumplimentado el recaudo de peligro en la demora, dado que al no habersele privado de su cobertura integral, no se encuentra afectado y desprotegido el derecho a la salud del amparista.

No obstante todo ello, si se encuentra en el expediente constancia de que la afiliada procuró el certificado expedido por médico especialista en contactología (fs. 129/130) fechado el 25/01/2018, es decir, una semana después de lo informado por Apress, sin que ninguna de las partes haya acompañado elementos que permitan determinar si dicho certificado fue glosado en el expediente administrativo ante la obra social. La prescripción médica referida y confeccionada en los términos requeridos por Apress en el expediente administrativo, da cuenta de que luego de obtener tal prescripción, la afiliada poseía derecho a la cobertura requerida, la cual no fue brindada con anterioridad al inicio del presente amparo.

En atención a todo lo expuesto, se pone de relieve que frente a supuestos como el de autos en los que no se configura una hipótesis estricta de vencimiento, atento que la acción se ha tornado abstracta por sustracción de materia justiciable, el tribunal de juicio puede distribuir

proporcionalmente los gastos procesales en función de las particularidades de la causa. A tal fin, debe atenderse a la explícita voluntad de la Administración en dar efectiva satisfacción a la pretensión procesal con la mayor celeridad posible, por lo que debe adoptarse un criterio de distribución que con razonabilidad, proporcionalidad, justicia y equidad, justifique una participación de ambas partes en la asunción de los gastos procesales y salvaguarde el derecho del administrado a obtener la satisfacción de la obligación incumplida, a la vez que aliente a la Administración a enervar con la mayor celeridad su situación objetiva de mora (cfr. Sesin, Domingo y Pisani, Beatriz, Amparo por mora de la Administración, Advocatus, Córdoba, 2010, p. 62).

Es por ello que teniendo en cuenta la oportunidad en la que se operó la sustracción de la materia justiciable y frente a las particularidades del caso (art. 10 de la Ley 8508) que han sido expuestas anteriormente, esta Fiscalía General propicia como solución justa y equitativa imponer las costas por el orden causado.

Ello así toda vez que el amparista no proporcionó desde un principio la prescripción suscripta por el profesional médico idóneo que se requería para la clase de cobertura que demandó.

Por otra parte, la sustracción de materia justiciable producida con el depósito de los fondos para la cobertura de los lentes de apoyo escleral se operó con posterioridad al dictado de la medida cautelar ordenada.

V. Conclusión

En función de todas las conclusiones expuestas, esta Fiscalía General dictamina que corresponde declarar abstracta la cuestión planteada en el recurso de apelación y que deben imponerse las costas por el orden causado.

Fiscalía General, de agosto de 2018.

Provincia de Córdoba



Poder Judicial
Fiscalía General

