

## Accion De Amparo Derecho A La Salud Medicina Prepaga Cobertura Intervencion Quirurgica Eleccion De Medico Cirugia Vitreo Retinal

### JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Derecho a la salud. Medicina prepaga. Cobertura.

Intervención quirúrgica. Elección de médico. Cirugía vítreo retinal Se hace lugar al amparo interpuesto por el actor a los efectos de que la empresa de medicina prepaga demandada otorgue cobertura integral a la intervención quirúrgica (cirugía vítreo retinal) con un médico especializado y en un hospital de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto si bien el agente de salud ofreció un médico y un establecimiento en Salta, no acreditó que dicho lugar tuviera los instrumentos necesarios para efectuar la debida cirugía.

Salta, 9 de marzo de 2015. Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fs. 83/87; y

CONSIDERANDO: 1.1) Que vienen las presentes actuaciones en virtud de la apelación de referencia deducida contra el pronunciamiento de fs. 76/80 por el que el Juez de la instancia anterior resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por el señor F. A. contra Swiss Medical S.A. y, en su mérito, ordenó a esta última a que en el término de 48 hs. autorice al actor el 100% de los gastos que se deriven de la cirugía vítreo retinal en su ojo derecho para ser practicada por el Dr. Mario Saravia en el Hospital Austral de la Ciudad de Buenos Aires, con más los gastos de pasaje, traslados y estadía para el accionante y un acompañante. En cuanto a las costas las impuso a la demandada vencida. Para resolver en el sentido indicado, el magistrado de grado luego de destacar el carácter restrictivo de la acción de amparo explicó que se encuentra en juego la salud del actor, por lo que consideró que la vía intentada resultaba formalmente admisible. Posteriormente, procedió a analizar la cuestión de fondo resaltando que no se hallaba controvertido el carácter de afiliado del señor A. a la prepaga, ni que presenta retinopatía diabética por lo que se le prescribió una cirugía vítreo retinal. Así, entendió que la disputa radicaba en que el demandante pretende realizarse la práctica en el Hospital Austral de la Ciudad de Buenos Aires con el Dr. Mario Saravia por ser quien lo operó de la misma patología en el ojo izquierdo en el año 2013, mientras que la demandada ofreció cobertura con el Dr. Hugo Saravia Olmos quien atiende en esta ciudad de Salta. En tal marco, señaló que uno de los pilares del sistema cerrado de las obras sociales es que los afiliados recurren a los prestadores de cartilla, principio que solo admite excepciones cuando existen circunstancias especiales que lo justifiquen o cuando el agente de salud no tiene prestadores profesionales idóneos o instituciones adecuadas para la atención de los beneficiarios. Consideró que esa particular situación se hallaba presente en este caso, pues la prepaga no rebatió que la derivación se encontraba fundada en que el especialista del Hospital Austral fue quien lo intervino por la misma afección en el otro ojo -por lo que conoce en detalle la patología- y en esa oportunidad la empresa autorizó la prestación. 1.2) A fs. 83/87 la recurrente expresó su disconformidad con la resolución impugnada. Sostuvo que le informó al actor que disponía de médicos altamente capacitados para realizar la cirugía en la ciudad de Salta, especificando los datos de contacto del cirujano que podía intervenir. Agregó que el Dr. Saravia Olmos cumple con la especialidad y características que la prestación requiere y que la operación que el Sr. A. se realizó en el ojo izquierdo en el Hospital Austral fue sin la autorización de Swiss Medical. Asimismo, aseguró que no se demostraron las razones por las que la cirugía solo podría ser efectuada por el Dr. Saravia en el Hospital Austral distante a unos 1.500 km. del lugar de residencia del actor. Afirmó que la calificación de "especialista retinólogo diabético" es errónea, pues los oftalmólogos pueden realizar la especialización en retina, pero no en "retina diabética". A todo evento, planteó que cualquier tipo de derivación médica programada debe cumplir con las normas que la regulan y que tampoco procedería la cobertura de un acompañante, toda vez que el amparista no es menor de edad. Por otro lado, observó que si bien en el decisorio recurrido no se hizo expresa mención a la cobertura de la medicación "Lucentis" que petitionó el accionante, la frase utilizada en la parte resolutive de la sentencia respecto de los "gastos que se deriven" permitiría sostener que se condenó a su provisión. Por ello, reiteró que brinda su cobertura al descuento del plan con un precio preferencial sobre el valor de la medicación y que para autorizarla debe existir prescripción médica. Finalmente, en lo que respecta a la cobertura de gastos de pasaje, traslados y estadía para el Sr. A. y un acompañante, expresó que eso no se encuentra previsto en el PMO, ni en las leyes 23.660 y 23.661 ni en las Resoluciones N° 247/96 y 310/04. Hizo reserva del caso federal. 1.3) A fs. 89/92 el actor contestó agravios. Argumentó que la atención de la rinopatía es una las enfermedades especialmente previstas en el Programa de Salud Ocular y Prevención de la Ceguera que implementa el Ministerio de Salud de la Nación. Agregó que cuando se encuentra en juego el derecho a la vida o a la salud las instituciones que integran el sistema nacional de salud deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del PMO. En relación al cuestionamiento de que la intervención deba realizarse en el Hospital Austral, explicó que mediante carta documento la demandada le informó sobre la cobertura con un médico de la Provincia de Mendoza que atiende en la ciudad de Salta, omitiendo hacer referencia a la existencia de los aparatos necesarios para efectuar la práctica. Precisó que la conducta de la

empresa resulta contradictoria, pues autorizó la misma cirugía en el ojo izquierdo en el Hospital Austral. Por último, resaltó la complejidad de la operación y la consiguiente imposibilidad de ser autosuficiente que ella le genera durante el postoperatorio, por lo que calificó de esencial la posibilidad de contar con un acompañante. 1.4) A fs. 105/109 el Fiscal General Subrogante consideró -por las razones que allí explicitó a las que cabe remitir en razón de brevedad- que debía confirmarse la resolución de fs. 76/80 y, por consiguiente, desestimar la apelación interpuesta por la accionada. Decisión del Tribunal. 2.1) Que ante todo cabe, tener presente que el derecho a la salud ya estaba implícitamente comprendido en el Preámbulo y en el art. 33 de la Constitución Nacional (esta Cámara, causa ?P. E. R. en representación de P. M. B. c/ Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales s/ amparo?, del 10/06/10; ?J. M. J. c/ BOREAL s/ amparo?, del 22/05/13; ?B., C. A. c/ Swiss Medical SA s/ amparo - afiliaciones?, sent. del 30/08/13, entre otros, y a partir de conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación allí citada); explicitándose con la incorporación, en la reforma de 1994, de los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, los arts. 12, inc. ?c? del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4, inc. 1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 6, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (esta Cámara, ?S. M., N. S. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo?, del 29/03/11 y ?Actuaciones Relativas F.V., H. c/ Galeno Consulting Group s/ amparo?, del 02/02/12, entre muchos otros). Asimismo, ha de señalarse que la naturaleza y envergadura de este derecho exige prestaciones positivas de dar y de hacer (cfr. esta Cámara, en las causas, ?C. V. -en representación de A. S. S. C.- c/ Obra Social del PE s/ acción de amparo - medida cautelar?, del 06/04/10; ?J. M. J. c/ BOREAL s/ amparo; G., H. M. c/ Swiss Medical SA s/ amparo? y ?B., C. A. c/ Swiss Medical SA s/ amparo - afiliaciones?, antes citadas). 2.2) Que, dicho lo que antecede, cabe señalar que no se encuentra controvertido que el señor Fabián A., afiliado N° ... de Swiss Medical S.A., padece retinopatía diabética severa con hemorragia vitreal, por lo que el médico oftalmólogo Carlos Alberto Zeman lo derivó con carácter urgente con el Dr. Mario Saravia, retinólogo del Hospital Austral (Pilar, Provincia de Buenos Aires) que lo operó de la misma patología en el ojo izquierdo (fs. 6). En tal marco, el actor promovió las presentes actuaciones a fin de que se le provea cobertura real, integral y permanente por la patología que presenta en su ojo derecho, aclarando que ella incluye intervención quirúrgica, pasajes, estadía, traslado, acompañante, honorarios profesionales, gastos de internación, medicamentos, tratamientos terapéuticos, material ortopédico y las demás prestaciones que resulten necesarias (fs. 13). Por su parte, la prepaga sostuvo que informó al señor A. sobre la existencia de prestadores dentro de su zona de residencia que se encuentran calificados para brindarle las prácticas requeridas y citó a tal fin al Dr. Hugo Saravia Olmos, a quien catalogó como especialista en retina y altamente capacitado para efectuar la cirugía. 2.3) Habiendo manifestado la demandada que no desconoce la cobertura de la prestación, sino el especialista y la institución en la que debe efectuarse y teniendo por norte los lineamientos generales que en la materia de la acción y del derecho que aquí se trata se han esbozado, habrá de examinarse si resulta arbitraria o ilegítima la conducta de la prepaga de no autorizar las prácticas solicitadas en el Hospital Austral de Pilar, Provincia de Buenos Aires, con el Dr. Mario Saravia. El sistema de cobertura de las obras sociales y prepagas no contempla la libre elección de médicos y prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por dichas entidades para la atención de sus afiliados, por lo que, como principio general, no corresponde autorizar y, menos aún, abonar prácticas realizadas fuera de los servicios tasados por las obras sociales (esta Cámara en la causa ?N. G., T. -en representación de L. P. G.- c/ PAMI s/ amparo - medida cautelar?, del 18/02/11). Y si bien es cierto que en supuestos particulares se han admitido excepciones al principio general en el que se asienta el régimen, disponiéndose la cobertura con prestadores ajenos a la obra social, ello ha sido cuando se acreditaron en forma suficiente las especiales circunstancias que así lo justificaban o cuando el agente de salud no tenía entre sus prestadores profesionales idóneos o instituciones adecuadas para la atención del beneficiario (Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, ?G.C.I.M. y otro c/ OSDE?, del 22/04/14; ?V.C. y otro c/ CEMIC?, del 19/12/13). En el caso, frente a la intimación que efectuó el accionante a la empresa de medicina para que le brinde cobertura por la intervención quirúrgica por retinopatía diabética vítreo retinal que pretende realizarse en el Hospital Austral con el Dr. Mario Saravia (v. carta documento de fs. 5), la demandada se limitó a ofrecer los servicios del Dr. Hugo Saravia Olmos, omitiendo aludir a si éste cuenta con los aparatos necesarios para efectuar la intervención. Además, sostuvo que el actor no demostró que el especialista de cartilla ofrecido ?... no cumplimente la especialidad, características o naturaleza de la prestación ...? (fs. 46 vta. y 84 vta.). Sin embargo, sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores, que proporcionen un servicio análogo al que se persigue en juicio. Asimismo, -a contrario sensu- debe demostrarse la exorbitancia o sinrazón de la elección del afiliado (CSJN, R. 104. XLVII. REX, ?R., D. y otros c/Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo?, fallo del 27/11/12). En esta línea de razonamiento, el art. 53 de la ley 24.240 (texto según la ley 26.361), expresamente dispone que ?los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio,

prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio?. A lo que cabe agregar que, ¿el deber de colaboración de las partes, que se asienta y desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal (...) se traduce en la imposición de la carga de aportación a la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentra en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad de actor o demandado? (Arazi, Roland - Berizconce, Roberto O y Peyrano, Jorge W., ¿Cargas probatorias dinámicas?, La Ley, 2011 - D, 1038. En el mismo sentido, esta Cámara en la causa, ¿Actuaciones relativas a Alegre Vergara Nancy Elsa c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ medida cautelar?, sent. del 17/03/11). En síntesis, el actor negó que en su zona de residencia se contare con los instrumentos o la tecnología necesaria para efectuar la intervención (fs. 13 vta.) y frente a esa afirmación la demandada puso a disposición a un profesional de su cartilla, pero no probó que este cuente con los aparatos necesarios para realizarlos. Esa conducta no se ajusta al deber de diligencia que requiere el caso (art. 902 del Cód. Civil); y por ello debe responder, brindando cobertura para la intervención que el actor se realice en el Hospital Austral, incluyendo los gastos de traslado y alojamiento.

2.4) A lo expuesto, cabe agregar que el profesional con el que se solicita que se realice la práctica es quien lo operó por la misma patología en el otro ojo por lo que más allá de que la demandada solo habría cubierto la intervención -sin pasajes ni estadía- (ver fs. 13 vta.), lo cierto es que la patología descrita -ahora presente en el otro ojo- torna recomendable que sea efectuada por el mismo profesional e institución que la realizaron precedentemente, pues conoce los antecedentes del paciente y su idoneidad ya pudo ser comprobada. Además, en toda relación de consumo y más cuando se trata de servicios de salud, la parte que requiere el servicio es necesariamente la más vulnerable y por lo tanto cualquier conducta que genere dudas y que implique un perjuicio para la parte más débil de la contratación, debe ser interpretada de manera amplia y favorable al consumidor (Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III ¿H. D. y otro c. Asociación Civil Hospital Alemán?, del 31/10/13, LL 2014-A, 444; Sala II ¿J. D. C. y otros c/ OSDE?, del 10/07/14).

3) En cuanto a los agravios de la demandada respecto a los gastos de traslado y alojamiento de un acompañante, tendrán favorable acogida pues en el certificado médico en que se efectúa la derivación no se hizo constar que el actor requiera la asistencia de un tercero, máxime cuando su necesidad no aparecería justificada por las características de la intervención, toda vez que debe practicarse solo en el ojo derecho del Sr. A., sin que se hubiese invocado que tuviese problemas de visión en el izquierdo.

4) Finalmente, en lo relativo a la provisión de la medicación ¿Lucentis? que según la interpretación de la recurrente podría entenderse incluida en la condena de primera sentencia, cabe señalar que el eventual requerimiento de su suministro está supeditado a que sea prescripto por los especialistas, circunstancia que no se demostró en estas actuaciones por lo que no cabe expedirse al respecto, siendo improcedente, por conjetural, todo agravio al respecto. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene resaltar que esta Cámara en un precedente en el que se solicitó cobertura por la misma medicación, luego de destacar el carácter dinámico del PMO sostuvo que correspondía ¿... atenerse a lo allí establecido, salvo casos de urgencia o de extrema necesidad que ameriten un ensanchamiento en la cobertura que se puede requerir a las obras sociales ...?, considerando que esas circunstancias excepcionales se hallaban presentes en un caso en que se había diagnosticado a una paciente ¿maculopatía húmeda en el ojo izquierdo? y el profesional médico interviniente había expuesto que ¿... de no ser tratada adecuadamente puede conducir a un deterioro importante e irreversible de la visión...? (esta Cámara, ¿F. S., I. D. c/ Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina?, del 14/11/13). A su vez, este Tribunal confirmó una medida cautelar innovativa solicitada por el también aquí actor contra la misma prepaga por la provisión de idéntica medicación pero para el ojo izquierdo (esta Cámara, ¿Actuaciones relativas A. F. c/ Swiss Medical?, del 15/01/13).

5) Por las consideraciones efectuadas precedentemente, cabe rechazar en lo esencial el recurso deducido por Swiss Medical S.A., admitiéndolo solo en lo referido a los gastos de pasaje, traslado y estadía del acompañante por no existir prescripción médica que lo justifique. Por todo lo expuesto, se RESUELVE: I.- CONFIRMAR la resolución de fs. 76/80, con la salvedad de lo señalada en el punto 3 respecto de los gastos de traslado y estadía del acompañante. Costas de alzada a la demandada sustancialmente vencida (art. 14, ley 16.986). II.- REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvanse. FDO. DRES. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS-MIGUEL ANTONIO MEDINA- ANTE MI: MARIANA CATALANO-SECRETARIA

Correlaciones: G., O. B. c/IOMA s/amparo - Cám. Cont. Adm. - Mar d el Plata - 20/03/2014  
000319E