

Accion De Amparo Protesis Derecho A La Salud Programa Medico Obligatorio

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Prótesis. Derecho a la salud. Programa Médico

Obligatorio Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la obra social demandada, quien cumplió con la medida cautelar ordenada y autorizó la compra de una prótesis extranjera para que la actora pueda realizarse una intervención quirúrgica, dado que la recurrente ofreció a la actora otra prótesis de origen nacional sin que la amparista justifique la necesidad de la utilización de la prótesis extranjera.

Salta, 29 de junio de 2015. Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 185/187 y vta.; y CONSIDERANDO: I. Que vienen las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación deducido por la demandada en contra del pronunciamiento de fecha 22 de abril de 2015 (fs. 179/183 y vta.) por el cual el Juez de la instancia anterior resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. Aida Jorgelina Dopazo y, habiendo la accionada autorizado la prótesis requerida por el médico tratante en cumplimiento de la medida cautelar dictada en autos, no obstante haber interpuesto en su contra recurso de apelación, declaró arbitraria e ilegítima la negativa de la Unión Personal -obra social del personal civil de la Nación- en cumplir oportunamente con la prestación; con costas. II. A fs. 185/187 y vta. la recurrente expresó su disconformidad con la resolución en crisis. Señaló, en primer término, que la sentencia desconoce el derecho vigente ya que el profesional no debe efectuar precisiones o sugerencias de marcas o proveedores que orienten la prescripción encubierta de determinados productos sino que debe solicitarlo por su nombre genérico. Siguió explicando que el agente de salud debe proveer las prótesis nacionales según indicación y sólo autorizará las importadas cuando no exista similar nacional, destacando que "similar" refiere no a la estructura intrínseca del material solicitado sino a la obligación de que cumpla con las características técnicas adecuadas en relación a la funcionalidad necesaria para el tratamiento de la patología en cuestión, por lo que agravia la interpretación efectuada por el juez de la instancia anterior de las circunstancias y normas que envuelven el caso en análisis. Por otra parte, se agravió por la forma en que se impusieron las costas. Afirmó que el juez al sostener que su parte actuó en forma arbitraria e ilegítima lo condenó al pago de las costas sin tener en cuenta que UPCN jamás negó cobertura a la afiliada y, por el contrario, puso a disposición una prótesis de la firma Ortosintese, empresa brasilera con más de 30 años en el mercado de implantes ortopédicos y equipamientos hospitalarios en dicho país y más de 20 años a nivel internacional, todo ello de conformidad a las normas que rigen la materia, en especial el punto 8.3.3. de la Resolución N° 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación que establece: "Prótesis y ortesis: la cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación interna permanente y del 50% en ortesis y prótesis externas no reconociéndose las prótesis denominadas biogénicas o bioeléctricas. El monto máximo a erogar por el agente del seguro será el de la menor cotización en plaza. Las indicaciones médicas se efectuarán por nombre genérico, sin aceptar sugerencias de marcas, proveedor o especificaciones técnicas que orienten la prescripción encubierta de determinado producto. El agente del seguro deberá proveer las prótesis nacionales según indicación y sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional. La responsabilidad del agente del seguro se extingue al momento de la provisión de la prótesis nacional." Dijo que en estos términos la Obra Social provee al 100% los implantes aceptados por la Superintendencia de Servicios de Salud y la Administración de Programas Especiales (APE) teniendo en cuenta no sólo el PMO, sino también lo establecido por la Ley de Emergencia Sanitaria Nacional. Destacó que la indicación médica es de un único profesional aportado por la actora sin dar la posibilidad de probar el acierto o error de la solicitud escuchando otras opiniones y que la sentencia no respeta el principio de solidaridad y equidad de la ley de obras sociales N° 23.660 al reconocerle a la amparista un derecho distinto del que le corresponde al resto de los afiliados del sistema. Como corolario destacó que la UPCN no está obligada a la entrega de la prótesis requerida puesto que no ha incumplido ninguna de sus obligaciones ni ha dejado en desamparo por una actitud manifiestamente arbitraria a la Sra. Dopazo quien no puede invocar falta de prestaciones médico asistenciales y, de hecho, no han quedado demostradas en el expediente. Por el contrario, es su reclamo el que va más allá de la ley y no ha sido justificado. Hizo reserva del caso federal. III. A fs. 192 se tuvo por decaído el derecho de la actora para la contestación del traslado conferido. IV. A fs. 195/197 y vta. obra agregado el dictamen del Fiscal General Subrogante ante esta Cámara en el que se propicia el rechazo del recurso de apelación deducido en autos. V. Con carácter preliminar corresponde puntualizar respecto a la abstracción de la materia solicitada a fs. 102 por la actora y con ello la solicitud de que se declare abstracto el amparo y se impongan las costas a la demanda que, para instar el ejercicio de la jurisdicción, "es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse" (Fallos: 331:322), debiendo el proceso, al momento de dictar sentencia, contar con un objeto actual (Fallos: 328:175). Pues bien; de las constancias de autos se advierte que la actora inició el presente amparo con el objeto de

que se ordene a UPCN a que autorice en su favor la provisión de la prótesis importada RTC cabeza cerámica prescripta por su médico tratante para la patología de cadera que sufre. Por otra parte, pidió que la referida prótesis le sea provista con carácter cautelar hasta que se resolviera la cuestión mediante sentencia definitiva. Que por resolución del 27/08/13 (fs. 86/88) la accionante obtuvo a título de cautelar una respuesta favorable a la solicitud detallada en el párrafo que antecede. Apelada que fuera por la accionada y una vez cumplida la manda cautelar, este Tribunal resolvió el 03/12/2014 declarar abstracta la cuestión por sustracción de la materia litigiosa (fs. 130 y vta.) En este punto ha de recordarse que las medidas cautelares solo crean un estado jurídico provisional susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio al variar los presupuestos determinantes de la traba, o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia o procedencia del mantenimiento de la medida (Cámara Federal de Apelaciones de Salta, ?Troyano Armando c/ AFIP-Dirección General Impositiva s/ habeas data - amparo?, sent. del 21/06/11. En el mismo sentido, ?Clapier Emiliano Eduardo, c/ ONCCA s/ medida cautelar?, sent. del 10/08/11). Por el contrario, la sentencia de fondo persigue decidir sobre los términos de la controversia con carácter definitivo, estando expresa y rigurosamente establecidos los recursos que pueden erigirse con el propósito de modificar su contenido. Así las cosas, el acogimiento de la pretensión de autos con carácter cautelar y el cumplimiento de la medida no tornaron ilusorio por sí el pronunciamiento impugnado, pues subsistía (y subsiste) a la fecha de su dictado el objeto de determinar si aquello que temporalmente se había establecido con los elementos que en ese entonces se contaba, debía o no convertirse en definitivo. Claro está que tratándose en el caso de prestaciones irreversibles, su anticipada provisión produjo de suyo la sustitución del objeto de decisión de fondo, que dejó de ser el originario para convertirse en su representación económica en sumas de dinero. En otros términos, la prosecución de la litis luego del cumplimiento de la medida provisoria despachada en autos deriva de la indeterminación respecto de quien debe soportar los gastos que apareja la pretensión reclamada como objeto de tal medida y que conforme el presupuesto adjunto a fs. 99 asciende a \$... Es que la autorización de la demandada a la prótesis solicitada obedeció al acatamiento de la resolución cautelar de fs. 85/88 y no a la decisión libre y voluntaria de así proceder. Más aún, expresó su oposición a que prospere la pretensión incoada en la demanda, requiriendo su rechazo con expresa imposición de costas al recurrir por vía de apelación el decisorio antes mencionado (confr. fs. 93/97).

VI. 1. Que, reseñado lo anterior y adentrándonos en el *thema decidendum*, debe tenerse en cuenta la base fáctica no controvertida en autos -cual es, que no se encuentra discutida la afiliación de la actora a la obra social demandada-, como tampoco la patología de cadera que padece (coxartrosis con pinzamiento de espacio articular) ni la necesidad de efectuar la cirugía prescripta (implante de cadera, fémur izquierdo). El debate, en cambio, recae en el hecho de que la actora pretendió la provisión de la prótesis indicada por sus médicos el 5/6/2013 ?RTC cabeza cerámica? (fs. 41) y la obra social ofreció autorizar la prótesis ?RTC cementada IP Magna?, la que -en los dichos de la actora- no fue aceptada por el especialista -Nicolás Arias Uriburu- alegando que no era adecuada para su edad y la actividad física que desarrolla proyectada en la expectativa de vida. También dijo la actora que perdió dos fechas de cirugía -15/4/2013 y 25/6/2013-.

2. Sentado lo anterior, cabe analizar si la obligación asumida cautelarmente por la accionada de cubrir la prótesis peticionada por la amparista, resulta adecuada a la luz de los principios, garantías y normas que rigen el caso. En esa línea cabe recordar que la salud está comprendida dentro del derecho a la vida, que es el primer derecho natural de la persona humana pre-existente a toda legislación positiva, entendiéndolo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en el Preámbulo de la Constitución Nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible la preservación de la salud (confr. CSJN Fallos:302:1284; 324:754; 325:292; 326:4931; 329:2552; 330:2340, entre otros). Con arreglo a ello, se ha dicho que el derecho a la inviolabilidad de la vida implica necesariamente el referido a una buena calidad de vida y, por consiguiente, a una adecuada atención médica resultando que la salud juega un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido el bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primaria y fundamental. La contracara de este derecho es una obligación activa, que no consiste en una abstención y omisión, sino en un dar o en un hacer positivo y universal, porque la misma obligación activa existe ante o frente a toda la sociedad (confr. Cam.Fed.Apel.de Mar del Plata, ?Fernández, Mónica Patricia y otros c/SUMA s/amparo?, del 31/5/07, www.saij.jus.gov.ar, Sum BM000257). Así, la naturaleza prestacional del derecho a la salud conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso de los servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de la salud; destacándose el carácter impostergable que tiene para la autoridad pública, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (confr. esta Cámara in re ?López Berto Julio -en representación de su madre Juana Flora Escobar c/Obra Social de la Actividad Docente s/amparo- medida cautelar? del 19/01/2010, entre otros). Estas pautas, sin embargo, no deben interpretarse en forma aislada sino conjugadas con el resto del ordenamiento, pues ?en tanto los derechos consagrados en la Constitución no son absolutos, resulta incuestionable la facultad concedida al legislador de establecer los requisitos a los que debe ajustarse una determinada actividad, siempre que estos sean razonables? (cfr. Fallos: 325:645; 321:3542;

322:2817; 325:11; 330:4988). Por su parte, el PMO (Programa Médico Obligatorio), creado por decreto 492/95 y vigente a partir de su publicación por Resolución del Ministerio de Salud 247/96, luego modificado en varias oportunidades (Res. MS 310/04, 758/04, 82/05, 753/05, 1747/05, 1991/05, 755/06, 232/07, 742/09, 102/11 y 528/11, entre otras), contiene tanto los lineamientos en política de salud que deben seguir quienes pertenecen a ese sistema en calidad de efectores [u operadores] como el listado de prestaciones que aquéllos deben satisfacer obligatoriamente a sus afiliados, estando ambos aspectos íntimamente ligados. El PMO es el resultado de la evaluación permanente del Estado, a través de sus órganos competentes, respecto a las distintas prácticas, tecnologías, medicamentos y demás prestaciones disponibles en el mercado, a la luz de criterios atinentes a la eficacia, seguridad, eficiencia, etc.; y a partir de allí actualiza el listado de las prácticas que pasaron exitosamente el grado de experimentación. De acuerdo a estas pautas, el PMO no constituye un techo prestacional pero sí un índice legal, precedido de estudios y mediciones, al que cabe atenerse, salvo casos de urgencia o de extrema necesidad que ameriten un ensanchamiento en la cobertura que se puede requerir a las obras sociales. Es que, el respaldo constitucional que tiene todo lo vinculado al derecho a la salud no puede tener por efecto la derogación automática de las reglamentaciones del Estado respecto a las obligaciones exigibles a los operadores del sistema de salud, en aras de equilibrar razonablemente aquel derecho con la ecuación financiera de este último sistema. Por otro lado, cabe señalar que en el marco de la declaración de Emergencia Sanitaria (decreto 486/02) que se mantiene vigente según los términos de las leyes posteriores 26.729 y 26.896, la Resolución 201/2002 estableció en materia de prótesis que "el monto máximo a erogar por el Agente del Seguro será el de la menor cotización en plaza. Las indicaciones médicas se efectuarán por nombre genérico, sin aceptar sugerencias de marcas, proveedor u especificaciones técnicas que orienten la prescripción encubierta de determinado producto. El Agente del Seguro deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional. La responsabilidad del Agente del Seguro se extingue al momento de la provisión de la prótesis nacional" (apartado 8.3.3 del Anexo I). En este horizonte, estatuyó la obligatoriedad de la provisión de prótesis por parte de la obra social a quienes se encuentren en las circunstancias antes descriptas, precisando a título de principio que el deber de los agentes de salud en este punto se satisface con la entrega de: 1) productos de origen nacional según indicación; 2) recomendados por nombre genérico, sin aceptar sugerencias de marcas, proveedor u especificaciones técnicas y, dentro de estas pautas, 3) que posean la menor cotización en plaza; 4) admitiendo, no obstante, la posibilidad de que deba garantizar el otorgamiento de un dispositivo importado cuando no exista similar nacional. La razonabilidad de los lineamientos de mención aparece justificada, en primer término, por la escasez y limitación de los recursos en materia sanitaria (ver considerandos del decreto 486/02). En este sentido, cabe recordar que reconocida la salud como un bien público y esencial para el desempeño del individuo en sociedad, y los condicionantes que en la realidad existen en orden a su satisfacción, atañe al legislador infraconstitucional, en un camino de desarrollo progresivo (art. 26 CADH), determinar el grado y la asignación de los bienes y servicios disponibles a esos fines (cfr. Lorenzetti, Luis Ricardo, "La empresa médica", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2011, 2da. Ed. ampliada y actualizada, pág. 14/17). Asimismo, refuerza la protección de quienes acuden al servicio de salud, así como la competencia leal, tratando de desalentar cualquier propósito o interés distinto del terapéutico en las indicaciones médicas de que se trate, asunto del que el legisferante se ha ocupado especialmente, al precisar que no se aceptarán en los pedidos de prótesis sugerencias de marcas, proveedor u especificaciones técnicas que orienten la prescripción encubierta de determinado producto. Finalmente, y teniendo en cuenta que siempre de lo que se trata es de brindarle al afectado un tratamiento adecuado a su dolencia, no desampara a quienes por estrictas y acreditadas razones médicas deba entregárseles una prótesis extranjera cuando no exista para su caso una similar nacional. Esto último constituye un supuesto de excepción que exige del solicitante una debida justificación de la necesidad del artefacto importado ligada a la ausencia de una prótesis nacional acorde a sus requerimientos. Es en esta línea que pueden ordenarse prestaciones por fuera del PMO, pero fundado, al menos, en un principio de prueba que demuestre la singularidad y gravedad de una situación particular. 3. Lo apuntado en último término no ocurrió en el presente caso pues la actora no aportó ningún elemento que permita determinar con rigor su postura ya que demandó una prestación que se presenta como una excepción a las pautas antes reseñadas, sin acompañar prueba que la justifique. Es que al solicitar la medida cautelar la amparista requirió la provisión y asunción del costo de la "prótesis RTC, cabeza cerámica, cementada con antibiótico" señalando que sus médicos -Hessling y Arias Urriburu- así lo determinaron por tener mejor resistencia conforme su edad y actividad física, indicando que la empresa Traumatont SRL de esta ciudad de Salta tenía disponible la prótesis y que su costo era de \$... en efectivo (fs. 53 y vta.). Sin embargo de fs. 8 surge que el Dr. Hessling especificó "prótesis de cadera tallo pulido cabeza cerámica 28mm cotilo aletado tipo Ogge o Contemporary dos dosis de cemento ..." médico que fue el originalmente señalado como responsable de la cirugía (confr. fs. 27) y es quien también suscribe el pedido de prótesis de fs. 30 en el que especifica "prótesis de cadera tallo pulido cabeza cerámica?", mientras que las constancias referidas a la segunda fecha de cirugía programada -25/6/2013- mencionan como médico al Dr. Nicolás Arias Urriburu quien solicita para la paciente "prótesis RTC cabeza cerámica" y lo justifica en que, en función de la edad de la paciente y su actividad física, tiene

menor desgaste (confr. fs. 36/41), agregándose por último el presupuesto emitido por la empresa Cityo SRL de fecha 10/09/2013 por la prótesis para reemplazo total de cadera con cabeza de cerámica de 28 mm cotilo tipo Ogge o Contemporary, marca Exatech de origen importada, set alternativo e instrumental a préstamo para su colocación...descartables, cementos con ATB y hemosuctor... \$...? (confr. fs. 57).

4. Que las constancias descriptas precedentemente (pedidos suscriptos por los médicos tratantes) no proveen datos que permitan sostener que el ofrecimiento de la obra social efectuada por carta documento y remitida a la actora el 14/08/2013 (confr. fs. 42) resultaba inadecuado ya que, al momento de efectuar el pedido no hay especificidad, a lo que se suma que posteriormente no hay refutación técnica alguna por ninguno de los médicos consultados por la actora que explique las razones prácticas y/o científicas de su insistencia en tal o cual prótesis demostrando defectos y virtudes de una y otra. Nótese incluso que, en el caso, tal como se desprende de las afirmaciones de ambas partes, se está discutiendo entre dos prótesis importadas, no ya entre una importada y una nacional. Más aún, al referir el médico a ?tipo Ogge o Contemporary?, no está dando una marca sino un parámetro o guía, con lo cual, si la ofrecida por la accionada no resultaba similar a ?tipo Ogge o Contemporary? la actora debió precisarlo pues, de lo contrario, el ofrecimiento efectuado por UPCN debería estimarse correcto en base a las normas imperantes ya señaladas. Es que, concretamente, la amparista no acompañó el rechazo formal y expreso suscripto por su o sus médicos tratantes de los que pueda desprenderse que efectivamente la prótesis ofrecida por UPCN no debe ser colocada a la paciente. Así las cosas, no se advierte con los documentos respaldatorios del caso la necesidad concreta que torne imprescindible contar con ese elemento y no con el ofrecido por la obra social, no siendo por lo tanto posible conocer y analizar comparativamente las diferencias entre ambas prótesis y, en consecuencia, determinar si concurrían los presupuestos de excepción establecidos por las normas que hubieran habilitado la provisión de la prótesis aquí solicitada colocando de este modo a la accionada en una actitud ilegítima y arbitraria. En efecto, de autos se desprende como toda y exclusiva justificación que la prótesis pedida tiene ?menor desgaste?, lo que emerge como un juicio dogmático, maxime si tampoco existen constancias que den verosimilitud a lo arguido por la amparista respecto a que, de colocarse la prótesis ofrecida por la accionada, debería someterse en unos años a una nueva cirugía exponiéndose a graves daños (fs. 36 y vta.).

Dicho de otro modo, surge de los antecedentes que ante los requerimientos del actor la demandada en todo momento negó la cobertura de la prótesis solicitada por cuanto estimó que no resultaba obligada en los términos de la norma imperante y, en cambio, en todo momento ofreció la cobertura de la prótesis RTC cementada IP Magna. Frente a ello, la amparista debió requerir a su médico un informe contundente del porqué del rechazo más allá de señalar en términos genéricos que una tiene mayor duración frente a la otra.

La solución a la que se arriba no obsta al reconocimiento de la suma de dinero que representa el costo de la prótesis que efectivamente entrega el prestador (\$...) y que fuera ofrecida desde el primer momento, tal como fluye de autos. A todo lo dicho, cabe añadir, que el temperamento que se adopta es el seguido por esta Cámara en la causa ?Méndez, Jorge Rafael -en representación de su esposa Mónica Allende- c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/amparo? del 25/7/2013; ?Madrazo, Luis Alberto c/ Obra Social de la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza s/ amparo? del 13/11/2013; ?Santa Cruz, Gladys c/ PROFE s/ amparo ley 16.986?, del 6 de diciembre de 2013 y ?Fadel, Leonardo Atilio (en representación de su esposa Sandra Gracie) c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo ley 16.986? del 28 de abril de 2014).

VII. Teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión deducida las costas se distribuyen por su orden. Por lo que se, RESUELVE: I) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 185/187 y vta. y, en consecuencia, REVOCAR la resolución de fs. 179/183 y vta., teniendo en cuenta lo expuesto en el penúltimo párrafo del considerando VI.4. Costas por el orden causado. II) REGISTRESE, notifíquese, y publíquese en los términos de las acordadas CSJN 15 y 24 del 2013. No firma el tercer vocal por encontrarse vacante el cargo.

Fdo. Dres. Luis Renato Rabbi-Cabanillas- Jorge Luis Villada- Jueces de Cámara- Ante mí: María Inés De Simone- Secretaria Correlaciones: A., A. E. c/Medicus SA s/sumarísimo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala: II - 04/06/2014 003689E