

Accion De Amparo Derecho A La Salud Intervencion Quirurgica Obesidad Morbida By Pass Gastrico

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Derecho a la salud. Intervención quirúrgica. Obesidad mórbida. By pass gástrico

Se hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora, quien padece obesidad mórbida, a los efectos de que la obra social demandada cubra de forma integral la cirugía bariátrica -bypass gástrico laparoscópico-. Para aceptar su pretensión, se evaluó el derecho a la salud de la paciente y que en la actividad de las obras sociales o las empresas de medicina prepaga ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución Nacional y tratados de Derechos Humanos.

En la ciudad de La Plata, a los 18 días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los señores Jueces que integran la Sala Tercera de esta Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, toman en consideración el expediente n° FLP 43987/2015/CA1: ?B. C., N. S. c/OSPE s/Prestaciones Quirúrgicas?, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de La Plata, Secretaría Civil N° 4. Practicado el pertinente sorteo el orden de votación resultó: Carlos Alberto Nogueira, Carlos Alberto Vallefín y Antonio Pacilio. El juez Nogueira dijo: I. Antecedentes. 1. La señora N. S. B. C. promovió acción de amparo contra la Obra Social OSPE a fin de que autorice la intervención quirúrgica pertinente y con ello paliar la enfermedad que padece -obesidad mórbida- solicitando el dictado de una medida cautelar en el marco descripto. Refirió que es afiliada de la demandada bajo el n° ... (ver fs. 32). Con respaldo en la documental que acompañó, relató que ?el inicio de la obesidad se presenta desde su infancia lo que corresponde a una obesidad hiperplásica teniendo en cuenta que el crecimiento de los adipocitos se produjo en la niñez?. Agregó que ?empezó a hacer tratamientos para adelgazar a sus 11 años (pesaba 56 kg.). Fluctuante con su peso bajaba y rebotaba rápidamente. Actualmente está en su peso máximo?. Señaló que se ha sometido a todo tipo de dietas y tratamientos desde muy joven con especialistas en nutrición, sin obtener resultado favorable. En la actualidad, con 36 años de edad, se le diagnosticó Obesidad grado IV super obesidad y distribución de grasa tipo androide (peso de 127,500 kg., talla 1.52 mt, IMC 55.18 Kg/mt², circunferencia de la cintura 134 cm, circunferencia de cadera 144 cm, índice cintura/cadera: 0,93, circunferencia de cuello 42 cm, diámetro sagital 38 cm, porcentaje de grasa 68,42 porcentaje de sobrepeso 65). Los especialistas tratantes indicaron que luego de la evaluación nutricional de la paciente se recomienda el tratamiento quirúrgico, ?como único recurso efectivo disponible para mejorar su calidad de vida tanto psíquica como física? y manifestaron que ?(...) luego de evidenciar que la paciente ha fracasado con los tratamientos médicos para descender de peso y teniendo en cuenta que su expectativa de vida está disminuida y tiene riesgo de muerte aumentado por presentar obesidad mórbida consideramos que está indicada la cirugía Bariátrica by pass gástrico laparoscópico o Gastrectomía en Manga laparoscópica, para la resolución de su obesidad y comorbilidades (...)?. También dijeron que la paciente reúne los criterios médicos necesarios para ser sometida a dicho procedimiento, siendo el único recurso efectivo disponible para mejorar su calidad de vida tanto psíquica como física. Consecuentemente, con todo lo dicho se le indicó gastrectomía en manga laparoscópica o By Pass gástrico en Y de Roux por videolaparoscopia. Sostuvo que presentó el pedido de cobertura a OSPE el 28/09/2015 y que el 15/10/2015 exigió una respuesta por escrito, no recibéndola pese a estar debidamente intimada. Agregó que OSPE no objetó el diagnóstico ni la indicación médica sino ?el carácter de prestador del Dr. D. B. y V. y pretende un nuevo tratamiento de dieta por 24 meses en un centro de prestadores ubicado en Capital Federal?. Señaló al respecto que ?(...) no es razonable, ni posible, que la amparista concurra una vez por mes a Capital, por 2 años, sin ausencias; y encima, repetir tratamientos que ya ha realizado TODA SU VIDA? Y que ?llevar adelante lo pretendido por la Obra Social provocaría una INJUSTIFICABLE demora en el tiempo (dos años) suspendiendo la implementación de un tratamiento indicado con URGENCIA. Esta demora genera un perjuicio evidente en la salud de la amparista y el sometimiento a un riesgo en su vida (...)?. Por último, puntualizó que OSPE no tiene cartilla cerrada en La Plata, por lo que cubre los médicos de la Agrupación Médica Platense y que los doctores V. y D. B. se encuentran agremiados, por lo que forman parte del universo de médicos a disposición de los afiliados a OSPE. Además, subrayó que OSPE abonó tanto las consultas como los estudios e indicaciones efectuadas por dichos profesionales, que fueron abonadas a través de los bonos de la Agrupación Médica Platense (v. fs. 32/41 vta.). 2. El a quo resolvió dar a la acción el trámite del amparo y previo a dar tratamiento a la medida cautelar solicitada, requirió a la demandada que produzca el informe que prescribe el art. 8 de la ley 16.986, en el plazo de tres días (fs. 44/vta.). 3. La demandada respondió el informe circunstanciado que le fue requerido (fs. 48/52), a fs. 64/80 se presentó el peritaje médico y el a quo hizo lugar a la medida cautelar en la resolución de fs. 99/103 vta. Ordenó en consecuencia a la Obra Social de Petroleros a cubrir de manera integral los gastos que demandase la cirugía bariátrica prescrita por sus médicos tratantes, la que debía realizarse en el Instituto del Diagnóstico

La Plata S.A. y todo aquello que se determine para proseguir su tratamiento y rehabilitación. 4. Luego de ello, la actora informó que la demandada había cumplido la medida cautelar y solicitó que el juez dictara sentencia definitiva (v. fs. 110), lo que así hizo a fs. 112/116, haciendo lugar a la demanda y convirtiendo en definitiva la medida cautelar decretada. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios de los letrados intervinientes. II. Los agravios. La accionada interpuso recurso de apelación a fs. 117/119 vta. Su agravio se limita a cuestionar la institución en la que se ordenó la realización de la cirugía bariátrica. Destacó que la cobertura podía ser perfectamente brindada con los prestadores de la red de la entidad, ofreciendo al ?Centro OCMI de la CABA o bien al Dr. R. E. y Equipo de la ciudad de La Plata?, los que -según señaló- serían prestigiosos establecimientos, que se encontrarían aptos e idóneos para la atención del diagnóstico de la afiliada. Reiteró que jamás se negó a la actora la cobertura solicitada, sino que se indicó que la misma debía ser brindada por prestadores integrantes de la red, que se informa a los afiliados cuando se incorporan a la obra social entregándoles la cartilla de prestadores, la que, por ende, no podían desconocer. Finalmente, apeló la imposición de costas, solicitando se impongan a la actora, porque no existió un incumplimiento de su parte sino que se efectuó un reclamo que va más allá de lo estipulado por la ley, o en su defecto, se impongan en el orden causado. III. Consideración de los agravios. 1. Conceptos preliminares. El derecho a la salud. Este Tribunal en numerosos precedentes ha destacado el marco constitucional del derecho a la salud según la jurisprudencia de la Corte Suprema y el derecho internacional de los derechos humanos. Las pautas allí sentadas, presentadas sintéticamente, son: a) el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal; b) los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional reafirman el derecho a la preservación de la salud y tornan operativa la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las obras sociales o las empresas de medicina prepaga; c) en la actividad de estas últimas ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (véase, por muchos, exptes. N° 17.059 ?Carro, Etelvina c/PAMI Delegación La Plata s/ Amparo Ley 16.986?, del 27/10/10, y N° 17.228 ?Gutiérrez, Daniel c/Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Bristol Park S.A. s/amparo ley 16.986?, sentencia del 27/09/10, con sus numerosas remisiones normativas y jurisprudenciales). 2. La aplicación de las pautas precedentes al caso de autos. Destacado el marco constitucional del derecho a la salud según la jurisprudencia de la Corte Suprema y el derecho internacional de los derechos humanos, corresponde examinar si la conducta de la obra social demandada vulnera o no en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional los derechos del demandante. 2.1. La Obra Social de Petroleros (OSPE) es uno de los agentes del seguro de salud comprendido por el artículo 1 de la ley 23.660 y como tal está sujeto al cumplimiento del denominado ?Programa Médico Obligatorio?. Éste, en lo que aquí interesa, se encuentra organizado por la Resolución 939/2000 del Ministerio de Salud y la subsiguiente Resolución 201/2002 del mismo organismo. Por su parte, la Resolución n° 742/09, establece claramente los requisitos que deben cumplir todos aquellos pacientes que padezcan de la patología en cuestión, para acceder al procedimiento quirúrgico que en los presentes autos constituye el objeto de la pretensión actora (tratamiento quirúrgico para índice de masa corporal igual o mayor de cuarenta (40)KG/M2). Expresamente establece ?[H]aber intentado otros métodos no quirúrgicos para control de la obesidad bajo supervisión médica, por lo menos por VEINTICUATRO (24) meses, sin éxito o con éxito inicial, pero volviendo a recuperar el peso perdido, estableciéndose como tratamiento a contactos de al menos UNA (1) vez por mes con equipo multidisciplinario durante los dos años previos en forma ininterrumpida? (inc. 5 del Anexo I, punto 4). 2.2. De la documental traída a la causa, surge que, la actora -de 36 años de edad- padece de ?obesidad mórbida?, siendo su peso de 127,500 kilogramos, su talla 1,52 m y su BMI 55. Su enfermedad se inició en la niñez, incrementándose con el tiempo, pese a sus reiterados esfuerzos por descender de peso, a través de múltiples tratamientos con profesionales nutricionistas. La licenciada María Claudia Pérez -especialista en nutrición- expresó que se recomienda el tratamiento quirúrgico como ?único efectivo para tratar su patología de base?, en el informe de fs. 6/9. En éste, el equipo médico tratante concluyó que la expectativa de vida de la actora estaba disminuida y que ?tiene riesgo de muerte aumentado por presentar obesidad mórbida?, por lo que consideran que está indicada ?la cirugía bariátrica by pass gástrico laparoscópico o gastrectomía en manga laparoscópica para la resolución de su obesidad y comorbilidades? (ver fs. 9). En el mismo sentido se expidió el doctor Ricardo Roberto Peñalva, en el informe pericial agregado a fs. 64/80. 2.3. Precisado lo anterior, se advierte que la demandada sostiene su negativa a cubrir la intervención quirúrgica ordenada, centrándose en que se trata de un prestador ajeno a los contratados por la obra social. 2.4. La lectura atenta de las constancias de la causa, detalladas en los párrafos precedentes, permite concluir que el agravio no puede prosperar. En efecto, se evidencia que no resultó antojadiza la pretensión de la actora de obtener la cobertura médica en orden a la enfermedad que la afecta con el equipo médico especialista en nutrición con el que se venía tratando. Ello se basa en la relación de confianza médico-paciente, debiendo hacerse especial hincapié en la particularidad de esta clase de padecimientos -en cuanto a la repercusión que tiene en el

estado anímico- y en la larga trayectoria de tratamientos infructuosos que la actora viene realizando con otros profesionales nutricionistas, llegando a este equipo médico con la finalidad de encontrar una solución permanente a su enfermedad. 2.5. En este sentido, apareció justificada la pretensión de la actora de que la intervención quirúrgica requerida se realizara en un establecimiento médico que le generase la mayor confianza y que se le garantizara que continuaran asistiéndola los mismos profesionales que lo hicieron hasta el momento. Además, debe tenerse en cuenta la conducta de la obra social demandada, en tanto hasta el momento en que se indicó la operación, vino cubriendo las consultas y estudios indicados por los doctores D. B. y V., con lo que no resultaba razonable que dejara de hacerlo. A ello se agrega que, según la documentación aportada por la actora tanto la Asociación Médica Platense -a la que se hallan afiliados ambos profesionales, según consta a fs. 14 y 15- como el Instituto del Diagnóstico se encuentran dentro de los prestadores de la nómina de OSPE (ver fs. 16 y 17). 2.6. Sentado ello, estimo que no existen razones para apartarse de lo decidido por el magistrado. Ello, teniendo en consideración la afectación del nivel de salud física y mental que podría ocasionar en la actora el cambio de profesionales e instituto actuante. Máxime teniendo en consideración que, según el informe psicológico, "El aumento y descenso de peso han repercutido en el estado anímico de la paciente, quien al encontrarse con una imagen de sí no deseada, comenzaba a retraerse, a sentir vergüenza y según su expresión a deprimirse (...)" (v. fs. 11). Así, cabe concluir que una solución distinta implicaría desatender la previsible alteración y aflicción que, a cualquier individuo, provoca el cambio del servicio de los profesionales médicos que han ganado su confianza; máxime en un cuadro delicado y apremiante como el que reviste el caso, en el que está en juego su vida. 2.7. Dada la solución que se alcanza en cuanto al fondo, considero que no hay razones para apartarse del principio objetivo de la derrota, y en consecuencia, las costas de primera instancia deben ser afrontadas por la Obra Social de Petroleros en tanto su conducta motivó la interposición de la demanda. En lo que atañe a las costas de segunda instancia, atento la falta de réplica de los agravios del apelante, deben ser fijadas en el orden causado (art. 68 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial). IV. Por tal motivo, estimo que debe confirmarse la resolución apelada, sin costas de Alzada atento no mediar actuación procesal de la contraparte. Así lo voto. Los jueces Vallefin y Pacilio dijeron: Que adhieren al voto del juez preopinante. Con lo que terminó el acto firmando los señores jueces intervinientes y el secretario autorizante. La Plata, 18 de agosto de 2016. Y VISTOS: POR TANTO, en mérito a lo que resulta del Acuerdo cuya fotocopia autenticada antecede, SE RESUELVE: Confirmar la resolución apelada, sin costas de Alzada atento no mediar actuación procesal de la contraparte. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado por: CARLOS ALBERTO NOGUEIRA, Juez de Cámara Firmado por: ANTONIO PACILIO, Juez de Cámara Firmado por: CARLOS ALBERTO VALLEFIN, juez de cámara Firmado por: MARCELO SANCHEZ LEUZZI, SECRETARIO

Correlaciones: B., M. G. c/OSPE s/amparo - Cám. Fed. La Plata - Sala II - 14/05/2015 A., M. J. c/OSECAC s/amparo ley 16.986 - Cám. Fed. Paraná - 03/03/2016 011076E