

Accion De Amparo Pami Cirugia

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Pami. Cirugía Se confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la demandada que arbitre los medios necesarios para que se realice la cirugía indicada a la afiliada, por entender que omitió brindarle una solución concreta y acorde a la urgencia de su pedido. ///ta, 13 de febrero de 2017. VISTO: El recurso de apelación deducido por el apoderado de la demandada a fs. 49/59 y vta.; y CONSIDERANDO: 1) Vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia, efectuada contra la sentencia dictada el 18 de enero de 2017 (fs. 44/48 y vta.) que hizo lugar a la acción de amparo promovida y, en consecuencia, ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante PAMI) que dentro del plazo de 48 horas de notificado autorice y arbitre todos los medios necesarios para que se realice a la afiliada Blanca Deidama Villafañe la cirugía de by pass aórtico tronco braquiocéfálico por esterotomía, solicitada por el Dr. Enrique E. Fiakosky en el Sanatorio San Roque de esta ciudad. 1.1) Para resolver en el sentido indicado, el magistrado de grado consideró que la pretensión de derivación resulta arbitraria, pues debe tenerse en cuenta no solamente la edad de la paciente (69 años) y su diagnóstico, sino que el propio PAMI reconoció haber autorizado a través de la OP N° 9907327073 agregada a fs. 4 que la cirugía sea realizada por el prestador ?Fundación para la Salud? del Dr. Fiakosky, es decir por el profesional tratante en esta ciudad, razón por la cual no resulta razonable que luego pretenda su derivación a la ciudad de Buenos Aires, con todas las implicancias negativas y perjudiciales que ello podría acarrearle, por el solo hecho de que el centro de internación IMAC y el Sanatorio San Roque, que resultan de alta complejidad y aptos para realizar la operación prescripta, han suspendido las prestaciones a los afiliados del PAMI, situación ajena a los afiliados y que no puede repercutir en ellos, máxime cuando se trata del derecho a la salud. 2) En su memorial de agravios de fs. 49/51 y vta. el apoderado del PAMI expresó su disconformidad con la resolución en crisis, señalando que el a quo, subjetiva y dogmáticamente, tuvo por ciertos los dichos de la accionante - no demostrados en autos - soslayando arbitrariamente toda consideración de los argumentos dados por su parte al formular el informe que prevé el art. 8 de la ley 16.986, suficientes para variar la solución de la causa. Seguidamente, manifestó que el Sr. Juez de Primera Instancia omitió pronunciarse respecto de la prueba testimonial ofrecida por su mandante a los fines de acreditar los hechos expuestos en el escrito de contestación de fecha 28/12/2016, provocando una clara afectación en su derecho de defensa. En otro orden, expresó que la pretendida imposibilidad de derivación en razón de la edad carece de justificación alguna, ya que el hecho de contar con 69 años de edad no es óbice para realizar un viaje a la ciudad de Buenos Aires siendo muy común en pacientes que presentan patologías complejas. Por otro lado, argumentó que carece de sentido la calificación de la conducta de su mandante como arbitraria ya que, ante la imposibilidad de otorgar la prestación en Salta, adoptó una conducta positiva y eficaz para dar cobertura integral al afiliado ofreciendo la derivación a un centro de alta complejidad idóneo. Asimismo adujo que el justiciante pasó por alto que la prestación solicitada se encuentra excluida del menú prestacional del PAMI por lo que se autorizó la misma y se emitió una orden de prestación a favor de la Fundación para la Salud del Dr. Fiakosky. Finalmente, alegó que por cuestiones ajenas al Instituto (la negativa de un tercero - Clínica San Roque - y del propio afiliado - quien se resiste a la derivación -) no ha sido posible hacer efectiva la prestación requerida, de lo que se deduce que la conducta de la amparista consiste en un ilegítimo apartamiento voluntario del sistema. 3) Que a fs. 55/59 y vta. el Defensor Oficial, en representación de la actora, contestó el traslado que le fuera conferido del recurso de la demandada, advirtiendo la falta de motivación en la presentación interpuesta ya que solo se limitó a manifestar que la sentencia fue equivocada, arbitraria y dictada en violación a la garantía del debido proceso y derecho de defensa en juicio. Asimismo, manifestó que lo argumentado por la demandada afecta el efectivo goce al derecho a la salud de la actora - enferma de 69 años de edad, quien se encuentra en una situación de completo abandono en su salud-. Agregó que el PAMI incurrió arbitrariamente en una omisión lesiva al derecho a la salud de la amparista al no autorizar la cirugía. Por último, dijo que se encuentra en juego la salvaguarda del derecho constitucional a la salud, el que requiere para su goce efectivo una cobertura médica integral y continua, que exige al PAMI en atención a la urgencia del caso. 4) Que a fs. 62/67 y vta. el Fiscal General Subrogante emitió su dictamen en el sentido de confirmar la resolución de grado. 5) Que sobre la alegada falta de fundamentación del recurso, el art. 265 del CPCCN de aplicación al amparo - en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la ley 16.986 - expone que ?el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas?. Pues bien, del examen de la pretensión revisora, se advierte que el escrito satisface las exigencias que establece el citado art. 265 del Código de forma, por lo que corresponde entrar a analizar el recurso planteado. 6) Que cabe recordar 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 manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva? (Fallos 331:563 y esta Cámara, antes de su división en salas, en ?Establecimiento Pur Sang S.A. c/ Dirección Nacional de Aduanas - Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo?, del 29/06/10).

Por otra parte, es criterio consolidado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el Estado Nacional está obligado a proteger la salud pública (Fallos 31:273), pues ?tal derecho está comprendido dentro del derecho a la vida, que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva, entendiendo que en el preámbulo de la Constitución 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? (Fallos 302:1284; 324:754; 325:292; 326:4931; 329:2552; 330:2340, entre otros). Es que hallándose en juego los señalados derechos, tiene dicho el Alto Tribunal que ?atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional? (doctrina de Fallos 327:2177 y sus citas, 327:2413, 2410; Fallos 329:4918; 331:563, entre muchos otros). 7) Que respecto de la supuesta omisión del magistrado de la instancia anterior de considerar la prueba testimonial ofrecida por la demandada, ha de advertirse que el ordenamiento procesal establece los tiempos u oportunidades que tienen las partes para hacer valer sus derechos, fuera de las cuales dichas facultades se clausuran por imperio de la ley, sin que para lograr tal resultado se requiera petición de parte y menos aún declaración judicial al respecto (cfr. art. 155 del CPCCN de aplicación al amparo en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la ley 16.986). Este principio de perentoriedad de los plazos procesales tiene fundamento en la celeridad en la solución de las causas judiciales y en la seguridad que ello representa para quienes intervienen en el proceso (CNCom., Sala B, 20/12/74, La Ley 1975-B, pág. 854); y desde éste último punto de vista, se ha añadido que la mentada seguridad jurídica es también un aspecto de la noción de lo justo. Debe tenerse en cuenta que la preclusión veda dentro de un proceso el regreso a etapas o momentos ya extinguidos o consumados (Fenochietto - Arazi, ?Código Procesal Comentado?, Astrea, Buenos Aires, 1987, I, págs. 512/513). Y las normas que impiden reeditar etapas procesales precluidas son de orden público, ya que la estabilidad de las etapas cumplidas así como la de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es también exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional (cfr. CSJN 13/9/79, La Ley, 1981 - C - 667, J, Agrup. Caso 4407). En consecuencia, por más amplitud que pretenda asignársele al derecho de defensa en juicio, no puede éste llevar a desconocer el instituto de la preclusión y a dejar de lado las omisiones en que incurrieran las partes y que sólo a ellas cabe imputar (cfr. Morello, ?Recepción Jurídica de la Teoría de los Propios Actos?, El Derecho Comercial y el de las Obligaciones, 1976, año 9, pág. 814). Sobre tales bases, si bien el recurrente cumplió con la carga de ofrecer prueba testimonial en oportunidad de presentar el informe circunstanciado, no instó su producción ni cuestionó la providencia que ordenó el pase de la causa al Fiscal Federal omitiendo su proveído (fs. 34), por lo que resulta extemporáneo el planteo de la accionada sobre el punto; a lo que se añade que no alegó razones graves para apartarse del rigor de la norma. 8) Dicho lo que antecede, cabe señalar que no ha sido controvertida la afiliación de la actora a la obra social accionada, la enfermedad que padece -estenosis severa del tronco braquiocefálico- ni la indicación de la cirugía -by pass aórtico- prescrita por los médicos especialistas, todo lo cual igualmente surge de la documentación que obra a fs. 1/16. Lo que se discute en cambio, es la endilgada obligación del PAMI de autorizar la realización de la cirugía por el Dr. Fiakosky en el Sanatorio San Roque de la ciudad de Salta, con el cual alegó no tener convenio, ofreciendo a la afiliada la derivación para realizar la práctica en un centro de alta complejidad - Hospital Italiano o Fundación Favaloro - en la ciudad de Buenos Aires. 8.1) Sobre el particular, ha de repararse en primer término en el modo en que se desarrollaron los trámites extrajudiciales llevados a cabo en torno al pedido que en este juicio se formula. Así, se tiene que en fecha 17/11/16 el Dr. Ola Castro -coordinador médico del Instituto- emite orden de prestación n°9907327073 autorizando la cirugía solicitada para que sea realizada por la ?Fundación para la Salud? del Dr. Fiakosky (fs.4), coordinando éste su realización en la Clínica San Roque, circunstancia reconocida por la demandada en su expresión de agravios. Ante la negativa de dicho nosocomio de efectuar la intervención quirúrgica y debido a la urgencia del caso, el Defensor Oficial remitió en fecha 12/12/16 oficio extrajudicial al PAMI solicitando se autorice en forma inmediata la prestación requerida y no obteniendo una respuesta favorable interpuso el presente amparo. 8.2) Que a partir de lo expuesto se advierte que en el sub examine la demandada no ofreció a su afiliada una solución concreta y definitiva acorde a su patología y la urgencia del caso, pues si bien en un primer momento autorizó la prestación requerida con conocimiento de que la cirugía iba a ser realizada en la Clínica San Roque, no existen constancias en la causa de que luego de ello, ante la negativa del nosocomio, le hubiere indicado cuáles eran las alternativas que se encontraban a su disposición para llevar a cabo la práctica objeto de autos, motivando ello la interposición del presente amparo. En efecto, no puede pasar inadvertido que recién ante la medida de mejor proveer dictada en autos por el a quo a fs. 36, por la que se le requirió que informe con exactitud los centros de alta complejidad aptos para

realizar la cirugía requerida, el Instituto indicó en fecha 11/01/17 (casi dos meses después de la orden de prestación emitida y luego de un mes desde la recepción del oficio extrajudicial) que resultan aptos para la derivación la Fundación Favaloro y el Hospital Italiano, ambos de la ciudad de Buenos Aires (fs.39). En este sentido cabe recordar que ?Las Obras Sociales tienen la obligación de informar a sus afiliados (arts. 42 de la CN y 4 de la Ley 24.240), instruyéndolos sobre el fracaso o éxito de su solicitud, o en el caso acerca de los recaudos -informes, cuadros, etc.- necesarios para obtener la autorización de la cobertura requerida. El deber de informar es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a unos de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si no son suministrados? (esta Cámara antes de su división en salas en la causa ?D.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo?, sent. del 30/04/2013). De lo dicho puede colegirse que en el caso de autos la demandada omitió brindar a su afiliada una solución concreta y acorde a la urgencia de su pedido, sin tener en consideración que la Clínica San Roque donde iba a ser realizada la cirugía autorizada se negaba a practicarla, lo que se traduce en una conducta irrazonable de su parte. Es preciso destacar que las obras sociales deben garantizar el derecho a la salud de sus afiliados a través de acciones positivas y no meramente con el reconocimiento del derecho, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha entendido que en la actividad de las obras sociales debe 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 (Fallos 306:178; 308:344; 324:3988). 8.3) Tal omisión no puede quedar subsanada, como pretende el recurrente, con el ofrecimiento de una derivación a centros de alta complejidad de la ciudad de Buenos Aires, no sólo porque los mismos fueron individualizados - como se señaló - recién en oportunidad de contestar el oficio remitido en carácter de medida de mejor proveer, es decir una vez judicializado el asunto, sino también en razón de que, ante la negativa del Sanatorio San Roque, debió haber ofrecido a su afiliada una alternativa razonable en su lugar de residencia, más aun teniéndose en cuenta que en el informe de fs. 37 el Instituto señaló que cualquier prestador de cirugía cardíaca puede realizar la prestación indicada. A lo dicho se añade que la demandada no justificó tal conducta en esta sede ni se expidió acerca de la exorbitancia o sinrazón de la suma que debería abonar en dicho nosocomio frente a los gastos que implica una derivación - transporte y estadía -. A ello se suma el desarraigo que la derivación conlleva, como también la posibilidad de que en el nuevo centro los profesionales respectivos soliciten nuevos estudios médicos, retrasando la práctica que la paciente debe realizarse con urgencia. Cabe precisar al respecto, que si bien en principio la obligación de la obra social de brindar el servicio comprometido se ajusta a una nómina de prestadores establecida a tal fin, es claro que a su turno, esa obligación se enmarca en el principio de igualdad y el deber de garantizar el acceso al servicio de salud. En este aspecto, ?el derecho a la igualdad se proyecta en el contenido del derecho a la salud y crea en ésta una dimensión que tiene entidad propia: la igualdad en el acceso a las prestaciones de salud? (Bernal Pulido, Carlos, ?El derecho a la igualdad a las prestaciones de salud?, en Tratado de Derecho a la Salud, obra colectiva coordinada por Clérico, Laura - Ronconi, Liliana - Aldao, Martín, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, I, pág. 107). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 14, destacó que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca como elemento esencial al de la ?accesibilidad?, que en su dimensión ?física? implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar, sin discriminación alguna, al alcance geográfico de la población (apartado 12), debiendo el Estado velar para que ?la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud? (apartado 35). Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia recurrida. 9) Costas de alzada a la demandada vencida (art. 14 de la ley 16.986). Por lo que, se RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 49/59 y vta. y en consecuencia CONFIRMAR la sentencia recurrida de fs. 44/48 y vta. Costas de alzada a la demandada. II. REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvanse. Fdo. Dres. Guillermo Federico Elias- Alejandro Augusto Castellanos- Mariana Inés Catalano- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria 017713E