

Cobertura Medica Intervencion Quirurgica Profesional Especialista

JURISPRUDENCIA

Cobertura médica. Intervención quirúrgica. Profesional especialista

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la actora y ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados que en forma inmediata se le otorgue una real e integral cobertura médica, y autorice a la brevedad cierta intervención quirúrgica, así como la provisión de los medicamentos que fueren necesarios hasta su recuperación. Salta, 29 de junio de 2018. VISTO: El recurso de apelación deducido por el apoderado de la demandada a fs. 38/40; y CONSIDERANDO: 1) Vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia, contra la sentencia dictada el 21 de mayo de 2018 (fs. 35/37 y vta.) que hizo lugar a la acción de amparo promovida por Silvia Estela Mendoza y, en consecuencia, ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante PAMI) a que en forma inmediata se le otorgue una real e integral cobertura médica, y autorice a la brevedad la intervención quirúrgica Microdisectomía Percutánea con reemplazo Discal TLIF Percutáneo con el médico especialista en neurocirugía, Dr. Leonardo Faila, así como la provisión de los medicamentos que fueren necesarios hasta su recuperación, todo con costas a la accionada. 1.1) Para resolver en el sentido indicado, el juez de grado consideró que el incumplimiento del PAMI radica en la falta de atención de un profesional especialista que requiere de manera urgente la afiliada en razón de la afección y dolor que padece. Advirtió que es indudable el deber que tiene la obra social de garantizar el cumplimiento de su obligación en tiempo, pues de ello dependerá la contribución a una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con los que cuenta el sistema de salud nacional. 2) En su memorial de agravios de fs.38/40 el apoderado del PAMI expresó su disconformidad con la resolución en crisis, señalando que el a quo omitió pronunciarse sobre la prueba ofrecida por su parte en el informe circunstanciado, por lo que solicitó se declare la nulidad de la sentencia al haberse lesionado su derecho de defensa. Asimismo, manifestó que fueron soslayados los argumentos de fondo introducidos como defensa en la contestación del informe. En ese sentido, adujo que el Instituto obró diligentemente poniendo a disposición los recursos y mecanismos para satisfacer la prestación de salud objeto del reclamo. Señaló, que el magistrado omitió considerar la propuesta de derivación a través del CODE, indicando que la decisión ajustada a derecho era ordenar el rechazo de la acción de amparo y hacer saber a la amparista que debía realizar el trámite pertinente para su derivación a un Centro de Salud idóneo. Por último, se agravio con la imposición de costas dispuesta por el sentenciante sosteniendo que resulta contraria al criterio unánime de la Cámara, por cuanto la accionada actuó con el patrocinio letrado del Sr. Defensor Oficial. 3) Que a fs. 43/47 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 - a su entender - se limitó a manifestar que la sentencia recurrida resulta contraria a derecho por vulnerar la garantía constitucional del debido proceso legal y el derecho de defensa. Asimismo, manifestó que debido al cuadro severo de salud que transita la paciente es inevitable la intervención médica quirúrgica para concluir con el problema que sufre y que la invalida, ya que en ocasiones no puede caminar ni movilizarse por sí sola debido a los fuertes dolores que sufre, con riesgo de quedar en silla de ruedas para el resto de su vida. En ese sentido, con respecto a las derivaciones ofrecidas por el Instituto a la ciudad de Tucumán, Córdoba o Buenos Aires a través del CODE, adujo que la Sra. Mendoza no podría someterse a un traslado por el estado de salud que padece. Expresó que el argumento utilizado por la demandada burla de manera indirecta el efectivo goce del derecho a la salud de la actora, más aun tratándose de una paciente de 70 años de edad en grave estado de salud que necesita de manera urgente realizar el tratamiento solicitado por el médico tratante. 4) Que a fs. 50 y vta. el Fiscal General 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, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas 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 omisión del magistrado de la instancia anterior de considerar la prueba 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 los 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). Sobre tales bases, si bien el recurrente cumplió con la carga de ofrecer prueba 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.26). Pero además y fundamentalmente, nada dijo en esta oportunidad respecto de la ?pertinencia, utilidad y relevancia? de los elementos probatorios ofrecidos, limitándose a señalar que con tal omisión se había lesionado su derecho de defensa, lo que luce insuficiente a los fines de anular la sentencia. Es que, la nulidad se vincula íntimamente con la intangibilidad del derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional), de modo que sólo cuando surge un defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión configurativa de nulidad. En consecuencia, la declaración de nulidad requiere la concurrencia de determinadas circunstancias, entre las que adquieren particular relevancia el interés de la parte y el perjuicio ocasionado por las defensas efectivas que no pudo utilizar, que deben ser demostrados por quien alega. De allí que constituye un remedio de naturaleza extrema (cfr. esta Sala en ?Cobos Mejía, Jonathan Alonso - Sánchez González, Andrés Mauricio y Schmidt Barba, Nelsy s/ infracción ley 23737?, resolución del 31/3/2016, www.cij.gov.ar). 8) Dicho lo que antecede, resulta pertinente señalar que no ha sido controvertida la afiliación de la actora - de 70 años de edad - a la obra social accionada, como tampoco que padece lumbo - ciática más canal estrecho, ni la indicación de la cirugía prescripta por el Dr. Leonardo Faila, todo lo cual igualmente surge de la documentación que obra a fs. 2/8. Lo que se discute en cambio, es la endilgada obligación del PAMI de autorizar la realización de la cirugía con el profesional referido -especialista en neurocirugía, cirugía mínimamente invasiva y endoscopia de columna-, ofreciendo el recurrente en cambio a la afiliada su derivación a la ciudad de Tucumán, Córdoba o Buenos Aires. 8.1) 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 efecto, uno de los pilares del sistema cerrado de salud es que los beneficiarios se atiendan con los prestadores de la ?cartilla? (esta Cámara, ?A., B. en representación de su nieta L. M. B. c/ Obra Social Bancaria Argentina s/ amparo?, del 17/01/11); reservándose las obras sociales para sí la potestad de definir el cuerpo de especialistas y las instituciones que ponen a disposición de sus usuarios. Sin embargo, lo anterior no es un principio absoluto puesto que, excepcionalmente, cuando resultara de las circunstancias del caso particular (a título de ejemplo, la no disponibilidad en la cartilla de expertos en la patología de que se trata o la debida fundamentación de la prescindencia de aquellos que la obra social ofrece), y habida cuenta de la obligación de las entidades mencionadas en último término de garantizar la atención de sus adherentes, podría configurarse un supuesto que ameritare el apartamiento de las reglas sentadas (esta Cámara, ?S., C. -en representación de su hijo L. G. C.- c/ OSPE?, del 25/03/13). Así, se advierte que dicha situación excepcional acontece en el caso de autos, pues la demandada ofrece la derivación de la afiliada a cualquiera de los prestadores del Instituto en el país para realizar la cirugía que requiere menos en su lugar de residencia. Ante tal situación, y lo manifestado por la actora a fs. 34 en el sentido de que se encuentra imposibilitada físicamente de viajar a otra provincia a través del CODE, debido a que presenta dolor agudo, se encuentra postrada y sin poder movilizarse sin apoyo, cabe advertir que la obligación del PAMI no puede considerarse cumplida con el ofrecimiento de derivación, sino que debió brindar alguna otra alternativa para que pueda ser atendida en esta ciudad. 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). 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). En este aspecto, deviene imperioso destacar que de la lectura íntegra del documento de referencia en armonía con lo dispuesto por el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se colige que la obligación de garantizar el acceso al derecho a la salud debe ser entendida como la de facilitarlo en la mayor medida posible, vale decir ¿hasta el máximo de los recursos que se disponga? (esta Sala en ¿Estopiñan, Roberto Fernando en rep. de su padre Tristan c/ PAMI s/ Amparo Ley 16.986?, sentencia del 1/07/16). 8.2) A lo dicho se añade que la demandada no justificó tal falta de cobertura en esta sede ni se expidió acerca de la exorbitancia o sinrazón del presupuesto presentado a fs. 4/6 frente a los gastos que implica una derivación como la ofrecida - transporte y estadía -. 8.3) Por último, y en cuanto al agravio por la condena en costas al PAMI dispuesta por el a quo, vale aclarar que tal imposición no resulta contraria al criterio de esta Sala, pues, en los precedentes en que se ordenó la distribución de las costas por el orden causado - como por ejemplo el de ¿Corbalán, Antonia Lucrecia c/ PAMI s/ Amparo Ley 16.986? de fecha 4/5/16 citado por el recurrente - existían razones para apartarse del principio objetivo de la derrota, ancladas en las particularidades del caso, pero en ninguno de ellos fue con motivo de la intervención como patrocinante letrado del Defensor Oficial, como adujo el demandado. A mayor abundamiento, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Ley N° 27.149) en su capítulo 3 de Honorarios del Ministerio Público de la Defensa, art 70, dispone que ¿En todas las causas en que actúan los Defensores Públicos, los jueces regulan los honorarios por su actuación, de acuerdo con los aranceles vigentes para abogados y procuradores. ... Los honorarios que se devenguen y perciban por la actuación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa constituyen recursos propios e ingresarán a una cuenta especial del organismo, destinada a la capacitación de sus agentes, al Fondo Especial de Asistencia Social del Asistido y Defendido, y a toda otra actividad dirigida al mejoramiento de las prestaciones del servicio, conforme se reglamente.¿, norma de la que surge claramente que -contrariamente a lo manifestado por el recurrente-, los Defensores Oficiales se encuentran facultados a solicitar regulación de honorarios. Por lo que, corresponde también desechar este agravio. 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. 38/40 y, en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia recurrida de 35/37 y vta. Costas de alzada a la demandada. II. REGÍSTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvanse. No firma la presente el Dr. Guillermo Federico Elías por encontrarse en uso de licencia (art.109 RJN). Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Alejandro Augusto Castellanos- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria

029900E