

Accion De Amparo Intervencion Quirurgica Obra Social Pami Derecho A La Salud Mastoplastia De Aumento

JURISPRUDENCIA

Salta, 28 de julio de 2020. VISTO:

El recurso de apelación deducido por el apoderado de la demandada a fs. 41/42 y vta.; y CONSIDERANDO: 1) Que vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia efectuada contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2020 (fs. 37/40 y vta.), por la que el juez de la instancia anterior 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) a que dentro del plazo de 48 horas de notificado autorice a la afiliada M. G. la cirugía de mastoplastía de aumento para adecuar su fisonomía a la identidad autopercebida, de conformidad a lo solicitado por el especialista tratante. Asimismo, impuso las costas por el orden causado. 1.1) Para resolver en tal sentido, el magistrado consideró que la conducta de la demandada resulta arbitraria puesto que la cirugía fue indicada en el marco de la ley 26.743 y se encuentra incluida en el Plan Médico Obligatorio, a pesar de lo cual y del tiempo transcurrido -más de un año- aún no fue autorizada por el PAMI. Señaló que los fines de las obras sociales se encuentran enunciados en la ley 23.661 y son proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan a la mejor calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones, eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva (art. 2) en el marco de un sistema cuyo propósito es el de procurar el pleno goce del derecho a la salud de todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural y geográfica. 2) En su memorial de agravios de fs. 41/42 y vta. 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, expresó que fueron soslayados los argumentos introducidos como defensa en la contestación del informe. En ese sentido, adujo que no existió incumplimiento por parte de su mandante en relación a las prestaciones que le corresponden a la afiliada, manifestando que le fueron autorizadas las solicitudes de óptica, medicamentos de todo tipo y traslados, entre otras. Respecto de la prestación objeto de autos (mastoplastía), adujo que el Instituto inició el trámite correspondiente en el mes de septiembre de 2019 mediante dos expedientes, en uno de los cuales tramita la autorización de los implantes mamarios y en el otro la aprobación de los gastos médicos. Explicó que la demora obedece a que la obra social no posee actualmente prestadores en la provincia que realicen cirugías plásticas (como es la requerida), ya que las mismas no se encuentran incluidas en el PMO; a lo que añadió que no reviste carácter de urgente. 3) Que a fs. 44/45 y vta. el Defensor Oficial, en representación de la actora, contestó el traslado que le fuera conferido del recurso de su contraria, advirtiendo que la presentación interpuesta no constituye una auténtica crítica concreta y razonada del fallo, sino más bien una mera disconformidad con lo resuelto en primera instancia. Con respeto al agravio de que el a quo no proveyó el ofrecimiento de prueba presentado en el informe circunstanciado, manifestó que en el amparo el juez debe abstenerse de producir la prueba ofrecida por las partes que fuese superflua o meramente dilatoria. Asimismo, dijo que la demandada omitió cumplir con el deber de seguridad inherente a la actividad de prestación de asistencia de salud a su población destinataria. Por último, dijo que la resolución en estudio se encuentra amparada por la ley de identidad de género y su decreto reglamentario, toda vez que la finalidad perseguida por la actora no es otra que adecuar su cuerpo a su identidad de género autopercebida. 4) Que a fs. 48/50 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 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 (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.32). Pero fundamentalmente, nada dijo al recurrir 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, <http://www.cij.gov.ar>). 7) Dicho lo que antecede, cabe señalar que no ha sido controvertida la afiliación de la actora a la obra social accionada, como tampoco que padece artrosis de cadera, hombros e hipoplasia mamaria bilateral y que se encuentra en «tratamiento hormonal Ley N° 26. 743» y en condiciones óptimas para que se realice la cirugía de mastoplastía de aumento para adecuar su fisonomía a la identidad de género autopercebida, por lo que concurrió al Dr. Gustavo Bergesi, quien confeccionó un presupuesto de honorarios profesionales y sanatoriales (todo lo cual surge de la documentación que obra a fs. 2/18). Por su parte, el PAMI aduce que inició los trámites administrativos correspondientes a los fines de autorizar los implantes mamarios y aprobar los gastos médicos pero que no cuenta en estos momentos con prestadores especialistas para realizar la intervención prescripta, ya que las cirugías plásticas no se encuentran incluidas en el PMO. 7.1) Pues bien, resulta de importancia destacar que la Ley 26.743 que establece el derecho a la identidad de género de las personas incorporó en el Programa Médico Obligatorio todas las prestaciones contempladas en su art. 11, el cual dispone: «Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad. Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación». A su vez, el decreto reglamentario de dicha norma (N° 903/2015) expresa que se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida y comprende a la mastoplastía de aumento, como la requerida por la actora, por lo que teniéndose en cuenta el tiempo transcurrido desde que el mismo entró en vigencia (fue publicado en el Boletín Oficial el 29/05/2015) no puede pretender el PAMI neutralizar tal obligación con el argumento de que esa clase de cirugía no se encuentra incluida en el PMO. 7.2) En cuanto a que el Dr. Bergesi no es prestador del Instituto, cabe precisar 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). Bajo tales pautas, se advierte que dicha situación excepcional acontece en el caso de autos, pues la propia demandada reconoce que carece actualmente de prestadores en la Provincia de Salta que brinden el servicio de cirugía plástica, en el que se enmarca la solicitada por la actora. En ese contexto, resulta arbitraria la demora de la demandada en brindar una solución a su afiliada, pues el pedido de autorización de la cirugía se realizó en setiembre de 2019; a lo que se añade que nada dijo acerca de la exorbitancia o sinrazón del presupuesto en

concepto de honorarios profesionales del Dr. Bergesi y sanatoriales presentado a fs. 6, por lo que los agravios de la recurrente respecto a que el prestador no pertenece a su cartilla deben rechazarse. 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 facilitararlo 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) 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. 41/42 y vta. y en consecuencia CONFIRMAR la sentencia recurrida de 37/40 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 el Dr. Alejandro Augusto Castellanos por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN). MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI SECRETARIA DE CAMARA GUILLERMO FEDERICO ELIAS JUEZ DE CAMARA MARIANA INES CATALANO JUEZ DE CAMARA Correlaciones: P. M. c/Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) s/amparo - salud - medicamentos y tratamientos - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 11 - 10/08/2019 - Cita digital IUSJU042617E F., T. (R. F.) c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s/amparo - salud, medicamentos y tratamientos - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 20 - 17/09/2018 - Cita digital IUSJU032392E 001892F