



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

**“BOUCHER, LUIS OSCAR c/
SWISS MEDICAL S.A.
s/ AMPARO LEY 16.986”
EXPTE. N° FSA 37333/2018/CA2
-JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1-**

///ta, 11 de septiembre de 2019

VISTO:

El recurso de apelación deducido por la demandada a fs.154/166 y
vta.;

CONSIDERANDO:

1) Que vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia efectuada contra la sentencia de fecha 16/04/2018 (fs. 147/153) que hizo lugar a la acción de amparo promovida y en consecuencia ordenó a Swiss Medical SA que en el plazo de 48 horas de notificado autorice al afiliado Luis Oscar Boucher la cobertura de los gastos de traslado necesarios para que asista al turno de control de cirugía otorgado en el Hospital Italiano el día 3/06/19; y reintegre la totalidad de los gastos afrontados a los fines de la cirugía de prostatectomía radical con tecnología robótica en el Hospital Italiano de Buenos Aires incluyendo los de traslado y hospedaje, para lo cual dispuso que el actor confeccione la planilla pertinente.

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

1.1) Para resolver en el sentido indicado, el magistrado de grado consideró que son los profesionales tratantes los que se encuentran en mejores condiciones de decidir los lineamientos del tratamiento y cirugía prescriptos, de acuerdo a los antecedentes y seguimientos que efectúan sobre su paciente, resultando arbitrario que la demandada priorice una apreciación personal e individual frente a lo aconsejado por ellos, en el sentido de que la intervención debía realizarse con laparoscopia y asistencia robótica en el Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires.

Señaló que la prestación no fue cubierta puesto que la accionada no la autorizó ni le ofreció otro prestador que estuviera en condiciones de brindar la cobertura de conformidad a las prescripciones médicas, por lo que consideró procedente ordenar el reintegro de los gastos incurridos por el amparista con motivo de la cirugía de prostatectomía radical con tecnología robótica, de traslado y hospedaje y los controles posteriores necesarios.

2) En su memorial de agravios de fs. 154/166 y vta. el apoderado de Swiss Medical S.A. expresó su disconformidad con la resolución en crisis, señalando que la cobertura de las necesidades prestacionales para atender la patología del actor se encontraban garantizadas en los términos de la normativa vigente (Res. M.S. 201/2002) y conforme el contrato celebrado.

En tal sentido, manifestó que el actor es beneficiario de un plan de características cerrada, sin perjuicio de lo cual de manera unilateral decidió auto derivarse al Hospital Italiano de Buenos Aires y su equipo médico -los cuales no resultan ser prestadores de su mandante- sin contar con autorización de cobertura alguna.

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Señaló que su parte siempre garantizó la cobertura de la intervención quirúrgica convencional a través de sus propios prestadores al 100% de su valor y que el amparista no demostró que aquellos no se encontraran capacitados para tratar su patología ni probó la imperiosa necesidad, como única opción, de utilizar la técnica requerida ni que la intervención del Hospital Italiano fuese indispensable. Citó jurisprudencia en su apoyo.

Por último, cuestionó la imposición de costas al haber puesto a disposición del actor la cobertura contratada por éste y existente en el PMO.

3) Que a fs. 171/174 el apoderado del amparista contestó el traslado que le fuera conferido, manifestando que la expresión de agravios resulta una simple disidencia y repite argumentos que ya fueron tratados y valorados por el juez, por lo que no constituye una crítica concreta y razonada del fallo.

Asimismo, señaló que la contraria omitió considerar lo que la propia sentencia señala acerca de que el PMO constituye un piso básico de prestaciones, mutable y que se nutre de nuevas técnicas, y que su mandante aportó elementos científicos suficientes para acreditar el pedido médico de la cirugía y la necesidad de su derivación.

Seguidamente adujo que la conducta de la accionada –absoluto silencio- resultó más agravante que un rechazo a la cobertura solicitada, toda vez que le generó una incertidumbre angustiante ante el padecimiento de un cáncer.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Indicó que Swiss Medical debió mantener una conducta activa en caso de considerar inviable el pedido, por lo que su actitud es reprochable y contraria a la ley 23.661 arts. 1º y 2º.

En cuanto a la imposición de costas, solicitó su confirmación.

4) Que corrida vista al Fiscal General en virtud de lo dispuesto por los arts. 37 inc. c y 39 de la ley 24.946, consideró que debe confirmarse la sentencia apelada (fs. 273/274 y vta.).

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 – establece 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).

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

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, entendiéndose 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 bajo tales pautas y a los fines de resolver, cabe tener en cuenta que el amparista centró su reclamo inicial en la autorización de la cirugía de prostactectomía radical con tecnología robótica para ser realizada en el Hospital Italiano, más los gastos de traslado y hospedaje (fs. 26/31 y vta.).

Con tal objeto, acreditó ser afiliado a la empresa de medicina prepaga demandada, la patología que sufre -adenocarcinoma de próstata moderadamente diferenciado, Score de gleason 3 + 4 = 7 -, que presenta antecedentes de cirugías abdominales con colocación de malla por hernias, y la

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

prescripción de la cirugía laparoscópica y robótica por los especialistas tratantes –Dr. Politi (urólogo) y Caeiro (cirujano)- en razón de su edad, las características de la lesión y los referidos antecedentes quirúrgicos (fs. 10 y vta. y 11) a cuyo fin fue derivado al Hospital Italiano de Buenos Aires por no contarse en nuestro medio con dicha tecnología (fs. 25).

Surge asimismo, que se le fijó fecha para la cirugía en dicho nosocomio el 19/12/18 y que obtuvo una medida cautelar en fecha 18/12/18 a los fines de su cobertura (fs. 34/36 y vta.), informando el 1/2/19 que debió soportar de manera particular los gastos de la intervención quirúrgica -pasajes, estadía, honorarios médicos- ante la falta de respuesta de Swiss Medical, por lo que solicitó el reintegro de los mismos (fs. 108/123).

Luego, en fecha 14/3/19, informó que se le había otorgado turno el 3/6/19 para control de cirugía en el Hospital Italiano, solicitando se dicte sentencia (fs. 138/140).

7.1) Así planteada la cuestión, en cuanto a la vía, cabe señalar que si bien la acción de amparo no es el mecanismo apropiado para solicitar la devolución de gastos, si el trámite se inició con un reclamo prestacional de salud, se respetó el debido contradictorio habiendo la accionada tenido la posibilidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa y luego mutó el objeto debido a circunstancias relacionadas al estado de salud del paciente, resultaría un ritualismo excesivo declarar la inadmisibilidad de la vía y obligar a la actora a iniciar un nuevo juicio para llegar, en definitiva, a la misma situación en la que el conflicto se encuentra en el presente. Una solución así, importaría desvirtuar el sentido de las formas procesales, que son meros

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

instrumentos para la observancia de los derechos sustanciales (esta Sala en la causa “Soto, Sandra Patricia en rep. de su madre Hevelia García c/PAMI s/ Amparo Ley 16.986”, sent. del 27/6/2017). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aconsejado que se debe evitar el excesivo rigor formal (Fallos: 247:176; 240:99).

7.2) Dicho lo que antecede corresponde abordar los agravios relativos a la elección de prestadores ajenos a la red de Swiss Medical S.A y la técnica de cirugía requerida.

En tal sentido, debe precisarse que el sistema de cobertura de las obras sociales no contempla la libre elección de médicos y prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por dichas entidades para la atención de sus afiliados por lo que, como principio general, no corresponde autorizar y, menos aún abonar prácticas realizadas fuera de los servicios tasados por las obras sociales (esta Cámara, “V., A. L. -en representación de su hijo F.- c/ BOREAL”, del 12/11/14; “Q., P. G. -en representación de su hija M. P.- c/ OSFATUN, del 25/03/15). En este horizonte, 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

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).

Dicha situación excepcional se encuentra configurada en el caso en examen, toda vez que de las constancias de autos surge que el amparista en tres oportunidades solicitó a la prestataria la cobertura de la cirugía de manera extrajudicial (fs. 6/8) sin que existan constancias de que aquella haya contestado oportunamente tal requerimiento o puesto a disposición del paciente una solución acorde a sus necesidades, con la urgencia que requería el caso.

Cabe señalar que esta Cámara sostuvo en casos similares que “... ‘poner a disposición una alternativa’, supone una conducta activa que se inicia con la información adecuada, veraz, clara y completa de las opciones posibles y que se extiende al acercamiento y facilitación de los medios necesarios para poder valerse de aquellas...” (D. E, S. D. -en representación de su hijo N., A. c/ OSDE”, del 03/06/15).

Por otra parte, quedó acreditado en autos con los certificados de los especialistas tratantes del señor Boucher, que no presenta contraindicación para realizar una prostatectomía radical por vía laparoscópica, teniendo en cuenta los antecedentes del paciente, pues en febrero de 2018 había sido operado de una hernioplastía inguinal bilateral por laparoscopia y se le habían

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

colocado 2 mallas de polipropileno de 10 x 15 cm. en situación retroperitoneal y debido al bajo índice de formación de adherencias; y que en cambio sí sería problemático un abordaje pre peritoneal. Además, el Dr. Caeiro certificó que está demostrado el menor índice de complicaciones en la cirugía robótica y laparoscópica por sobre el abordaje convencional (fs. 11).

En igual sentido, el Dr. Politti justificó el pedido de la intervención en los antecedentes de cirugías abdominales con colocación de mallas, en las características de la lesión prostática, en la edad del paciente y en los beneficios y resultados de la asistencia robótica en relación al plano sexual, incontinencia de orina y trastornos en la pared abdominal (fs. 10 y vta.).

Al respecto, debe recordarse que el PMO (Programa Médico Obligatorio) no tiene carácter pétreo sino dinámico y elástico pues el Estado, a través de sus órganos competentes, evalúa permanentemente las distintas prácticas, tecnologías, medicamentos y demás prestaciones disponibles en el mercado y vinculadas a la atención de la salud de sus habitantes, a la luz de criterios atinentes a la relación costo – beneficio, eficacia, seguridad, eficiencia, etc; y a partir de allí actualiza el listado de las prácticas que pasaron exitosamente la examinación (esta Cámara antes de su división en salas en “C.J.L. c/ Obra Social Unión Personal s/ Amparo” sentencia del 19/06/2012).

En cuanto a la derivación al Hospital Italiano a los fines de realizar la prostatectomía radical por vía laparoscópica con asistencia robótica, se encuentra fundamentada en que en nuestro medio no se cuenta con la tecnología mencionada (fs. 25).

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Consecuentemente, la conducta asumida por Swiss Medical al no contestar oportunamente el requerimiento de su afiliado y luego al negar la derivación cuando la práctica solicitada y debidamente fundamentada no se encuentra disponible en Salta, resultó arbitraria.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar y poner a disposición una alternativa entre sus prestadores, que proporcionen un servicio análogo al que se persigue en juicio. Asimismo, -a contrario sensu- debe demostrarse la exorbitancia o sinrazón de la elección del afiliado (CSJN, R. 104. XLVII. REX, “R., D. y otros c/Obra Social del Personal de la Sanidad s/amparo”, fallo del 27/11/12), lo que no ha sucedido en la especie.

7.3) Que con relación al agravio sobre la distribución de costas, no se advierten razones para modificar el criterio seguido por el juez de la instancia anterior, debiéndose imponer también las de esta instancia de conformidad al principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo CPCCN).

7.4) Por las razones antes dichas, este Tribunal entiende que corresponde rechazar el recurso interpuesto por Swiss Medical S.A.

Por lo que, se

RESUELVE:





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

I. RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs.154/166 y vta. y en consecuencia **CONFIRMAR** la sentencia recurrida de fecha 16/04/2018 (fs. 147/153). Costas dealzada a la demandada.

II. REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvase.

Fecha de firma: 11/09/2019

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUILLERMO FEDERICO ELIAS, JUEZ DE CAMARA



#33013904#243980624#20190911103540269