

General Roca, 07 de diciembre de 2016.-

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "EPIFANIO ERNESTO MARIO c/ SWISS MEDICAL S.A. s/ AMPARO" (Expte. N° Z-2RO-690-AM1-16).-

A fs. 25/30 comparece el Sr. Ernesto Mario Epifanio, con patrocinio letrado e interpone acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y Provincial contra Swiss Medical S.A., solicitando que en forma inmediata se autorice la intervención quirúrgica ordenada por su médico tratante.-

Relata que padece un síndrome prostático avanzado, con obstrucción urinaria, dificultad miccional, poliarquía y urgencia miccional.-

Que conforme a la indicación de su médico tratante, el Dr. Lucas Peacock, el tratamiento para su patología es, concretamente, una cirugía denominada “Resección Transuretral (RTU)” de próstata.-

Que el abordaje de dicha intervención se realizaba, anteriormente, mediante cirugía convencional, y que actualmente ésta ha sido superada por el abordaje endoscópico, que cuenta con más beneficioso que la anterior.-

Que, en razón de sufrir un adenoma prostático de 140 grs., su médico tratante ha prescripto una RTU de tipo bipolar, y no monopolar -el cual es indicado para próstatas menores a 50 grs.-

Manifiesta que requirió la correspondiente autorización a Swiss Medical, la que verbalmente le expresó que autorizaría la intervención endoscópica monopolar.-

Que consultado con su médico tratante, el Dr. Pecock, volvió a requerir la práctica endoscópica bipolar, y que la prepaga le manifestó que autorizarían la RTU bipolar pero a realizarse en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

Que a fin de que Swiss Medical reviera su postura y la rectifique, presentó una nota el 26/08/2016, a la que no obtuvo respuesta alguna. Que por ello, el 06/09/2016, remitió una Carta Documento a su prepaga intimando a cumplir con la prestación.-

Manifiesta que la empresa de medicina prepaga le respondió mediante Carta Documento de fecha 15/09/2016, ofreciendo la cobertura por la técnica convencional, manifestando que el procedimiento de resección transuretral de próstata bipolar no se encuentra contemplado en la normativa vigente ni dentro de los alcances del plan médico asistencial del que resulta beneficiario el Sr. Epifanio.-

Expresa que el Anexo II del PMO prevé en el catálogo de prestaciones, bajo el código 100404, la “resección endoscópica trasuretral próstata”. Que se encuentra en juego el

derecho a la salud tutelado en la Constitución Nacional, Provincial y Pactos Internacionales suscriptos por el Estado Nacional.-

Refiere a los derechos conculcados, cita jurisprudencia, ofrece prueba, solicita se imponga multa como sanción punitiva, en virtud de la Ley 24.240, y se libre oficio a la Superintendencia de Servicios de Salud, con testimonio de la sentencia a fin de que aquella evalúe la aplicación de sanciones legales. Peticiona se haga lugar a la demandada.-

Agrega que es ilegítima y arbitraria la imposición de la empresa de la realización de la intervención en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tiene derecho a tratarse con su médico de confianza y que aquello le insumiría mayores gastos e incomodidad, no solo para él sino para su grupo familiar.-

A fs. 31 se ordenan los oficios de informes.-

A fs. 32/51 se presenta Swiss Medical S.A. por medio de apoderados, contesta el requerimiento y solicita el rechazo de la acción de amparo.-

Niega en forma general y particular los hechos articulados por el actor, y destaca que el Sr. Epifanio resulta ser un tercero beneficiario del contrato corporativo celebrado entre El Consejo Profesional de Ing. Agronómica de Río Negro y Swiss Medical.- Que cuenta con la cobertura del plan "SB04", de características cerrado.-

Refiere que su mandante determinó la no procedencia de la cobertura en los términos requeridos por no tratarse de una práctica incluida en el PMO, ni dentro de los alcances del plan médico del cual el actor es beneficiario.-

Manifiesta que se le ha dado respuesta oportuna al actor informándole la cobertura de la intervención bajo técnica convencional, a realizarse en Sanatorio Los Arcos de C.A.B.A.-

Que dicha opción no fue aceptada por el beneficiario, brindándole otras opciones que también fueron rechazadas por aquel.-

Expresa que la Clínica Roca S.A. no es prestadora de Swiss Medical y que el plan del actor es un sistema cerrado, lo que implica que la intervención sea realizada únicamente por el equipo especializado en este tipo de prestaciones que la prepaga posee actualmente.-

Pone a disposición las diferentes opciones que, manifiesta, ya fueron rechazadas por la actora, esto es: 1) cobertura de la resección transuretral de próstata por técnica convencional con un prestador de cartilla (Sanatorio los Arcos, con un acompañante, o con el Dr. Javier Alanis en la ciudad de Bariloche); 2) cobertura de la resección

transuretral de próstata reconociendo el costo hasta la cotización de la cirugía por técnica convencional, debiendo abonar en la sucursal el derecho de uso de ansa, que no es provista por Swiss Medical; 3) Reintegrar hasta la suma de \$23.000 de lo presupuestado por honorarios, gastos de internación y eventuales materiales a utilizar.-

Cita jurisprudencia, ofrece prueba, plantea el caso federal y peticiona.-

A fs. 52 obra informe del médico tratante Dr. Peacock, fs. 54 informa Clínica Roca S.A., a fs. 55 vta. se dictan autos para sentencia.-

CONSIDERANDO: En primer lugar, debe analizarse la procedencia de la acción incoada y en tal punto debe decirse que el amparo es un remedio de excepción previsto en nuestra Constitución Provincial. Su admisibilidad se encuentra reservada para aquellos casos en los que no exista otra vía legal apta para resolver la cuestión y cuando se encuentren afectados derechos constitucionales. Dicha afectación debe provenir de circunstancias muy particulares, requiriéndose arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que el daño causado sólo pueda ser reparado acudiendo a tal vía de excepción.-

En el caso sub examine, se encuentra habilitada la procedencia del remedio constitucional atento la naturaleza de los derechos en juego; en el caso el derecho a la salud, incluso la vida del amparista, en razón de que, conforme surge de los certificados médicos acompañados y ratificados por sus emitentes, corre especial riesgo la calidad de vida del paciente.-

Se ha dicho también que respecto a los derechos afectados concretamente por la empresa de medicina prepaga son derechos humanos constitucionales fundamentales, como lo son el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a una calidad de vida adecuada, por lo que el juez de amparo debe ejercer plenamente su actividad protectora, priorizando siempre una interpretación pro homine o pro persona.-

El marco normativo aplicable, los derechos del paciente que se encuentran vulnerados ostentan protección; tanto en la normativa internacional de Derechos Humanos, en la Constitución Nacional, y en la Constitución Provincial (art. 75 inc. 22 CN; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 33 y 59 de la Constitución Provincial).-

En el caso sub examine se ha acreditado la patología que sufre el Sr. Epifanio, quien, conforme surge del informe de fs. 52, presenta hiperplasia de próstata obstructiva, que le genera dificultad miccional severa y síntomas de urgencia miccional lo que se traduce

en episodios de incontinencia urinaria.-

Refiere el médico tratante que se le indicó una Resección Transuretral de Próstata Bipolar, siendo la única cirugía que puede resolver de forma endoscópica la patología del paciente. Indica que, a diferencia de la monopolar, la cirugía indicada puede reseca adenomas de próstata de más de 100 gr. por vía endoscópica. Asimismo, afirma los mayores riesgos que conlleva una intervención monopolar.-

Remarca el médico tratante las consecuencias de demorar la realización de dicho procedimiento, principalmente el agravamiento de los síntomas y la irreversible incontinencia por lesión vesical secundaria a la obstrucción prostática, y riesgo de retención aguda de orina, lo que determinaría que se coloque una sonda vesical. Es decir, se condiciona la capacidad física diaria del paciente, y consecuentemente su calidad de vida.-

En las defensas articuladas por la requerida, encuentro, en primer lugar, la errónea aseveración respecto de que la prestación requerida por el Sr. Epifanio no se encuentra prescripta por el PMO. Al contrario de la defensa argüida por la prepaga, la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud que aprueba “el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el Artículo 1° de la Ley 23.660, detalladas en los Anexos I, II, III y IV que forman parte de la presente Resolución y que en lo sucesivo se denominaran Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE)” (art. 1 Resol. 201/2002 M.S.), en el Anexo II establece un Catálogo de Prestaciones, y allí, bajo el código “100404”, la “resección endoscópica trasuretral próstata”. Es decir, la prestación objeto de la presente acción de amparo incoada por el Sr. Epifanio, prima facie, se encuentra prevista por el P.M.O.E. Vigente.-

La norma referida no diferencia entre intervención “monopolar” o “bipolar”, lo cual no puede interpretarse restrictivamente, sino que debe tenerse en cuenta lo ya resuelto por el STJ en diversos amparos en que dicha empresa Swiss Medical S.A. fue parte.-

Al respecto, en autos "DUFOU, MARIA FLORENCIA C/ O.S.S.D.E.B Y swiss MEDICAL S.A. S/ amparo S/ APELACION\\" (Expte. N° 27828/15-STJ-), se dijo: En este sentido sabido es que la circunstancia que el medicamento no se encuentre dentro de los listados del PMO no resulta un obstáculo para que el mismo sea cubierto.- Es de recordar que el Programa Médico Obligatorio, esto es, la prestación mínima que todas las entidades prestadoras de servicios de salud - públicas o privadas- deben cumplir, no es una norma cerrada o rígida, ya que la ley 23661 dispone en su artículo 28 la

obligación de actualizar periódicamente el mismo. (STJRNS4 Se. 126/13 “CASTRO”, Se. 147/13 “VALLEJOS”, Se. 4/15 \\“LEPPERT\\”).- El Programa Médico Obligatorio establece un régimen mínimo de prestaciones que las Obras Sociales deben garantizar. Ello es así, conforme a la Resolución 201/02 que dispone que los agentes del seguro de la salud podrán ampliar la cobertura e incluir otros medicamentos de acuerdo a las necesidades de sus beneficiarios y financiamiento; y la Resolución 310/04, en cuanto destaca la necesidad de actualizar las prestaciones incluidas en el PMO, ante los cambios producidos en el sector salud (STJRNS4 Se. 25/10 “ALTAMIRANO”, Se. 4/15 \\“LEPPERT\\”).-

En autos "BETANCOR, MARIA DEL CARMEN C/swiss MEDICAL GROUP S.A. amparo S/INCIDENTE (I) PPAL. 24132/12 S/APELACIÓN\\” (Expte. N° 26468/13 - S.T.J.

-----El presente caso debe resolverse a la luz del principio rector que en materia de salud ha fijado nuestra Carta Magna Provincial, como a las previsiones del art. 43 de la Constitución Provincial y de la doctrina legal de este STJ en su interpretación y aplicación.- -La Constitución Provincial en el artículo 59, califica a la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad.- En tal sentido en autos “ARVIGO”, Se. 56/11, se recordó que el art. 59 de la Constitución Provincial establece: La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública

implementa un vademécum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes. Este artículo debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 16 en cuanto se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana”.- “Lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc. 22CN) reafirma el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida. Y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina pre-paga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 “AMR y otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; N° especial “Bioética” X Aniversario, Lexis Nexis)”.- Además, este Cuerpo ha señalado reiteradamente que resulta procedente la acción de amparo promovida contra una empresa de medicina prepaga a fin de que provea a un afiliado la cobertura de la práctica indicada por el médico tratante aún cuando no esté en el PMO pues la obligación de la accionada no puede limitarse a dicha lista, desde que la finalidad perseguida por dicho plan, receptada en el reglamento interno de la empresa, es otorgar una amplia cobertura de los medicamentos de baja incidencia y alto costo, y el art. 28 de la ley 23661 (Adla, XLIX - A, 57) previó su actualización periódica de conformidad con el avance tecnológico de la ciencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III 04-09-07 Vieyra Spangenberg, J. A. J. c. CEMIC (STJRNCO: “ALTAMIRANO” Se. N° 25/10).- En tal sentido es procedente el amparo cuando se advierta de modo manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas reconocidos por el texto constitucional, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a otros procedimientos ordinarios, ya sean administrativos o judiciales.-

En autos, "CHANDIA AMABLE SEBASTIAN Y OTROS C/ swiss MEDICAL GROUP S.A. S/amparo S/APELACION\\" (Expte. N° 27435/14-STJ).- Repárese que la interpretación de las cláusulas y prerrogativas insertas en un contrato de medicina prepaga o en el reglamento de servicio debe efectuarse de acuerdo a los principios del derecho del consumidor y, en caso de duda, decidir lo más favorable para el consumidor, máxime cuando se trate de la rescisión del acuerdo que tiene por efecto la baja de la cobertura sanitaria (cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II; M., M. c. Omint S.A. de Servicios s/ amparo, 23/08/2013,

Cita online: AR/JUR/44828/2013). Es dable añadir aún que la Corte Suprema ha considerado que el derecho a la vida -que incluye a la salud- es el primer derecho de la persona garantizado por la Constitución Nacional y por tratados internacionales, y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores -en particular, los de carácter patrimonial- tienen siempre carácter instrumental (Fallos 323:3229 y 324:3569). Es decir, la accionada funda su derecho en normas de jerarquía inferior cuya aplicación invoca con prescindencia de las concretas circunstancias del caso y de sus consecuencias lesivas respecto de derechos garantizados por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional), sin haber demostrado siquiera que el mantenimiento de la afiliación de los accionantes afecte de algún modo el equilibrio patrimonial de la relación.-

"MEDIDAS CAUTELARES - PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO.- R. T. S. G. c/ OSDE - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - 03/05/2016.- El PMO no constituye una limitación para los agentes de seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales".-

"4) Que atendiendo a los otros términos en que ha quedado planteada la segunda cuestión a decidir -el alcance de las normas que establecen el Programa Médico Obligatorio-, importa señalar, como principio, que cuando están en juego el derecho a la vida o a la salud e integridad física de una persona, las instituciones que integran el sistema nacional de salud (sean obras sociales, entidades de medicina prepaga, asociaciones mutuales de asistencia sanitaria y la propia Nación, en función subsidiaria) deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del PMOE, toda vez que debe entenderse que éste fija un piso de prestaciones mínimas y no máximas para el aseguramiento de los derechos constitucionales a la vida y a la salud. Porque resultaría una interpretación aberrante que, por no estar prevista determinada prestación en el PMOE (la única posible en el caso), la obra social o las otras entidades mencionadas dejaran al "homo patien" librado a su destino, sin procurarle medios aptos y eficaces -no incluidos en la Res. 201/2002 M.S.- y que podrían ser administrados al paciente asegurándole bien una mejoría en sus dolencias o bien la mitigación de un dolor lacerante y terminal (conf. esta Sala II; causa 5462/2010 del 30/03/2012)..- 5) Que una interpretación de las leyes de salud y del complejo de las normas reglamentarias (decretos y resoluciones varias) que condujera a frustrar la tutela amplia y generosa de

los derechos constitucionales a la vida y a la salud resultaría incompatible con principios elementales de hermenéutica jurídica, pues es regla de oro que las normas de jerarquía inferior deben ser interpretadas de un modo compatible con los principios, derechos y garantías de orden constitucional. Y como no se concibe, en términos de razonabilidad, que la resolución que instituyó el PMOE pueda ser elevada al rango de una traba insalvable para que un paciente pueda recobrar su integridad física, resulta acertada la decisión del a quo de privilegiar por sobre ciertas reglamentaciones de carácter instrumental y general las garantías constitucionales para cubrir casos especiales que son merecedores de un amparo también particular (conf. esta Sala II; causa 5462/2010, cit.).- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, Waltuch de Nussenbaum, Elena c. Medicus S.A. s/ sumarísimo de salud • 24/09/2015, Publicado en: LA LEY 29/12/2015 , Cita online: AR/JUR/36783/2015.-

Es decir, que ya la jurisprudencia se ha expedido reiteradamente respecto de la cobertura integral a los afiliados o asociados al sistema de salud de las empresas prepagas, ello máxime cuando la cobertura está prevista en el PMOE (lo cual siquiera es controvertido por la prepaga en autos), ordenándose que en lo inmediato se cumpla con la practica requerida por los medicos tratantes por parte de, en este caso en particular, Swiss Medical S.A.-

Asimismo y concretamente en el caso bajo análisis, resta determinar si corresponde, atento al plan cerrado del que es beneficiario el Sr. Epifanio, que Swiss Medical cubra la intervención por el médico tratante, Dr. Peacock, en Clínica Roca S.A.-

Al respecto corresponde atender a la voluntad del paciente, quien ha depositado su confianza en el médico tratante, Dr. Peacock, y se ha acreditado que el tratamiento quirúrgico prescripto por dicho profesional se realiza en la localidad, específicamente en Clínica Roca S.A., tal lo informado por ésta en el caso de marras. Es aplicable lo ya resuelto por el STJ, en el sentido de que el médico tratante es el especialista en quien el paciente ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar qué riesgos está en condiciones de sufrir y cuáles son las posibilidades más convenientes según la patología que padece. Al respecto este Tribunal ha dicho que en conflictos de esta naturaleza corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa con relación a la confiabilidad de lo que indica a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza; (Cf. STJRNS4 Se. N° 88/08 \\\"Beneses\\\"; Se. N° 99/08 \\\"MARTINEZ\\\", Se. N° 58/11 \\\"ROSENKJAER\\\"; Se. N° 102/12 \\\"ROBLEDO\\\"; Se. N° 147/13 \\\"VALLEJOS\\\"; Se. 67/15 \\\"SANCHEZ\\\").

Por ello se impone hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el Sr. Ernesto Mario Epifanio y en su consecuencia condenar a la Empresa Swiss Medical S.A. a dar cobertura total a la practica de Resección Transuretral de Próstata (RTU) Bipolar, indicada por el médico tratante y en la Clínica Roca S.A., en el término de CINCO días, bajo apercibimiento de aplicar una sanción pecuniaria de \$ 5.000.- diarios por cada día de demora.-

Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por las normas legales citadas, y lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Provincial.-

FALLO: I. Hacer lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. Ernesto Mario Epifanio y en su consecuencia condenar a la Empresa Swiss Medical S.A. a dar cobertura total a la la practica de Resección Transuretral de Próstata (RTU) Bipolar, indicada por el médico tratante y en la Clínica Roca S.A., en el término de CINCO días, bajo apercibimiento de aplicar una sanción pecuniaria de \$ 5.000.- diarios por cada día de demora. Costas a la perdidosa (art. 68 CPCyC).-

II. RECHAZAR la pretensión de la amparista respecto a la imposición de una multa como sanción punitiva por aplicación del art. 47 y 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, como asimismo de la solicitud de remitir testimonio de sentencia a la Superintendencia de Salud a los fines de la aplicación de las sanciones del art. 24 de la ley 26.682, debiendo ocurrir en ambos casos por la vía procesal y jurisdiccional correspondiente.-

III.- Regulo los honorarios del Dr. Justo Emilio Epifanio en la suma de \$10.000.- en su carácter de patrocinante de la actora.- y del Dr. Guido Poma Borghelli en la suma de \$6.000.- en su carácter de apoderado de la demandada. (art.6,7,8 y 37 LA). Cúmplase con la ley 869.-

La regulación se ha efectuado tomando en consideración la tarea efectivamente realizada, tiempo, extensión, etapas, complejidad, éxito de la misma.-

Notifíquese y regístrese.-

DRA. MARIA DEL CARMEN VILLALBA

Juez