

Poder Judicial de la Nación

///cepción del Uruguay, 14 de octubre de 2008.-

Y VISTOS:

Las presentes actuaciones caratuladas: “TRABICHET MARIA A. S/ AMPARO”, expte. N° 714/08, venidas a Despacho a los fines de resolver; y

RESULTANDO:

Que a fs. 7/11 vta. se presenta la Sra. María Amelia Trabichet –por su propio derecho y con patrocinio letrado- promoviendo formal acción de amparo contra la Obra Social de Petroleros (OSPE), en base a los hechos y derecho que expone. Manifiesta –a tal fin- que es beneficiaria de la obra social accionada (N° 2026610714601), padeciendo desde la infancia de la enfermedad de obesidad mórbida, con un peso de 127 kilos a los 26 años, obesidad de grado 2. Que el 03/08/2006 interpuso ante este Juzgado Federal la causa caratulada “*Trabichet María Amelia c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo*”, expte. N° 575/06, a los fines del financiamiento íntegro de cirugía de banda gástrica ajustable laparoscópica, aconsejada por el médico tratante, haciéndose lugar a la demanda, la cual fuera confirmada por la Alzada, efectuándose la intervención el 22/01/2007 en el Hospital Italiano de Capital Federal. Agrega que tras un año y medio ha descendido más de 60 Kg. de peso, teniendo graves secuelas en el cuerpo por el estiramiento de los tejidos, con “colgajos” formando “mantelos grasos”, los cuales le dificultan la movilidad por el peso, debiendo además mantenerse fajada –dice- en cuanto se producen roces, con llagas y grietas de la piel, ocasionando laceraciones y una profunda depresión, tratada actualmente a través de la terapia consecuyente. Destaca la necesidad de la cirugía reparadora requerida, como parte fundamental del tratamiento que iniciara con la cirugía bariátrica efectuada, habiendo presentado ante la Obra Social el resumen de historia clínica efectuado por el Dr. Horacio F. Mayer, que determina las etapas quirúrgicas a cumplir para subsanarlas, habiendo remitido CD N° 961166241 el 20/06/2008 solicitando autorización de cirugía, lo cual fuera rechazado por la misma, en razón de considerar a la cirugía como estética y no

incluida en el PMO. Destaca los fundamentos de la presente acción, resaltando las características de “reparadora” de la cirugía impetrada, efectuando diversos asertos al respecto. Funda en derecho, ofrece prueba, hace reserva del caso federal e impetra –en definitiva- se acoja la acción interpuesta, con costas.-

Que a fs. 15/16 vta. se decreta la admisibilidad de la acción intentada, requiriéndose informe circunstanciado (art. 8º, ley 16.986) a la Obra Social demandada, a sus efectos.-

Que a fs. 18/23 se presenta el Dr. Alberto I. Mendez –en el carácter de gestor de la Obra Social de Petroleros (OSPE), gestión ratificada a fs. 35- a los efectos de producir el informe solicitado. Destaca –en primer término- la inadmisibilidad de la vía procedimental intentada, considerando improcedente la aplicación de la ley 16.986 por ser su parte una entidad privada, sin que –además, expone- se hubiese agotado la vía administrativa previa prescripta por el art. 2 inc. a) de la ley mentada y en relación al procedimiento previsto por la Resolución N° 75/98 del Registro de la Superintendencia de Servicio de Salud para los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguros de Salud, cuya existencia no puede ser desconocida por la amparista como afiliada al sistema, citando fallos en su sustento. Contesta el informe requerido, exponiendo que el reclamo efectuado resulta extemporáneo en base al art. 2 inc. e) de la ley 16.986 y conforme la propia documentación adjunta, agregando que el reclamo de la parte actora resulta improcedente en razón de la cirugía estética interesada, no incluida en el Programa Médico Obligatorio, único menú prestacional dispuesto por la Resol. 1991/95 SSalud, no encontrándose en riesgo la salud ni la vida del afiliado. Resalta las características del sistema de las obras sociales y su carácter solidario, reiterando extremos al efecto en relación a la falta de cobertura de la cirugía interesada y al régimen legal aplicable, citando fallos al efecto. Ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva del caso federal y solicita –en definitiva- se rechace la acción interpuesta, a sus efectos.-

Poder Judicial de la Nación

Que, corrido oportuno traslado a la parte actora (fs. 28), ésta contesta a fs. 29/30 vta., requiriendo el rechazo de los extremos opuestos –por los argumentos que destaca-poniéndose a fs. 31 estos autos a Despacho para dictar sentencia. Que a fs. 36 se dispone la previa notificación al Ministerio Público Fiscal, cumplimentado a fs. 36 vta. de autos, entrando a fs. 37 la causa a Despacho a los fines de dictar sentencia, lo cual ha quedado debidamente notificado; y

CONSIDERANDO:

Que, conforme ha quedado trabada la litis, cabe observar que no se encuentra controvertido en autos que la actora se encuentra afiliada a la Obra Social de Petroleros (O.S.P.E.), bajo número 2026610714601, habiéndose efectuado una cirugía bariátrica en fecha 22/01/2007 en el Hospital Italiano, abonada por la obra social demandada en base a la orden dispuesta por sentencia firme dictada in re: *“Trabichet María Amelia c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo”*, expte. N° 575/06, lo cual determinara su descenso de peso en más de sesenta (60) Kgs. y la consecuente flacidez de los tejidos de abdomen, brazos, muslos y mamas (ver fs. 1/3).-

Que, conforme tal patología la parte actora requiere se autorice por la demandada la operación aconsejada por los médicos tratantes, a saber: *“Dermolipectomía completa con neoumbilicoplastia y plicatura de rectos abdominales; Dermolipectomía de brazos, de muslos y Pexia más aumento mamario”*, cuyo costo no puede afrontar y en razón de las consecuencias físicas y psicológicas que ello le ocasiona, lo cual debe analizarse debidamente en autos, a los fines interesados.-

I- Que, previo a ello, corresponde merituar la procedencia de la vía de amparo incoada, considerando los asertos expresados al efecto por la parte demandada y en base a la normativa aplicable.-

Que, en este sentido, resultan erróneos los planteos formulados por la parte demandada en cuanto –en un sentido- alega la improcedencia de aplicación de la ley 16.986 y por otra destaca la falta de utilización de las vías administrativas previas y el vencimiento del plazo legalmente estipulados (art. 2 incs. a) y e) de la ley 16.986).-

Que, al efecto y como se expusiera fehacientemente al decretar la admisibilidad de la acción (fs. 15/16) se ha entendido que el art. 43 ha modificado sustancialmente las pautas de la ley 16.986 en cuanto se opongan a la amplitud de su criterio, norma que habilita expresamente a la opción por la presente vía respecto de **“... todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”** (Sic; el subrayado me pertenece).-

Que, tal norma acuerda relevancia a la vía intentada **“... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”** (Sic), excluyendo expresamente las vías administrativas como cuestión previa necesaria al efecto, lo cual desde fecha anterior a la incorporación constitucional del art. 43 mentado ya se encontraba mayoritariamente expresado por la doctrina y la jurisprudencia nacional e inclusive por la propia Cámara Federal de Apelaciones de Paraná en autos *“Trabichet María Amelia c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo”*, expte. N° 575/06, ya citada (Confr. L. S. Civ. 2006-II-2507).-

Que, amén de ello, la vía administrativa requerida por la demandada resultaría a todas luces un *ritualismo inútil*, considerando el planteo oportunamente efectuado por la accionante por Carta Documento de fs. 5, de fecha 20/06/2008, reclamando la autorización de la cirugía plástica reparadora, lo cual fuera negado expresamente por la demandada el 26/06/2008 (fs. 6), expresando que **“... de acuerdo al Plan de Cobertura de Salud de la Obra Social, esto es el Programa Médico Obligatorio (Res. 1991/2005...) la cirugía por Ud. solicitada NO se encuentra incluida en dicho programa...”** (Sic), lo cual me exime de mayores disquisiciones al efecto.-

Que, y en cuanto a la presunta extemporaneidad de la vía, considerando la fecha de la negativa premencionada y la de promoción de la presente causa, cabe considerar que el término estatuido por el art. 2 inc. e) de la ley 16.986 no se encontraba vencido, considerando el criterio sustentado por la Excma. Cámara de

Poder Judicial de la Nación

Apelaciones de la Jurisdicción y que dicho término sólo corre durante los días hábiles, lo cual permite desestimar el planteo formulado sin más trámite.-

Que, por todo ello, resulta evidente –a juicio de la suscripta- que la vía intentada resulta plenamente apta para la tutela del derecho a la salud afectado, como valor y derecho fundamental, constitucionalmente resguardado, tal como se ha expedido la Doctrina y Jurisprudencia Nacional mayoritaria (Confr. CSJN en La Ley del 19/04/01, pág. 11; ídem JA 2001-I-470 y en “C. De B., A. C. V. Secretarías de Programas de Salud” con nota de Walter Carnota: “¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?” en LL 2001-C-31 y Hooft Pedro Federico “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Ed. Temis, pág. 415 y sig. y jurisp. citada).-

II- Que, arribado a este punto, cabe analizar la procedencia de la cobertura interesada, sobre lo cual la parte accionada se niega fundamentalmente en base a dos extremos esenciales, a saber: 1º) carácter estético de la cirugía interesada y 2º) falta de inclusión de la misma en el PMO legalmente estipulado, ejes sobre los cuales ha de analizarse el planteo de marras.-

Que, en este sentido y respecto al primer aspecto, debo disentir con la consideración efectuada por la demandada, en cuanto a la naturaleza de estética de la intervención solicitada. Así, se ha enseñando que *“Dentro de la Medicina, existe la especialidad quirúrgica de la Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, que posee dos vertientes: La **Cirugía Plástica Reparadora**, que trata a pacientes que requieren reconstrucciones, reparación de ciertas estructuras de cobertura y soporte, malformaciones congénitas, y secuelas de procesos adquiridos por traumatismos o tumoraciones, de cualquier zona del cuerpo. Por ello comparte el terreno anatómico con otras especialidades quirúrgicas y la **Cirugía Plástica Estética**, que trata a pacientes sanos que solicitan la mejora estética de zonas de su cuerpo, por considerarlas antiestéticas o mejorables, comprendiendo los tratamientos quirúrgicos que tienen por objetivo mejorar o restaurar la apariencia, manteniendo o mejorando la correcta funcionalidad”* (Confr. **Dr. Joaquim Suñol**, médico especialista en Cirugía

Plástica, Estética y Reparadora, Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona, miembro de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE) y autor de numerosos artículos en revistas científicas y presentaciones en congresos relacionados con la Cirugía Plástica y Estética).-

Que, conforme los conceptos preseñalados, cabe destacar los estudios médicos adjuntos a la causa –no controvertidos por la contraparte- en el cual el Dr. Horacio F. Mayer expone su diagnóstico: **“Flaccidez abdominal severa, flaccidez braquial, ptosis mamaria y flaccidez de cara interna de muslos, todo secuela de obesidad mórbida... Esto le produce lesiones cutáneas por irritación y desarrollo de intertrigo. Se planea la corrección quirúrgica en etapas...”** (Sic, fs. 2/3), detallando las operaciones correctivas a efectuar.-

Que, asimismo, la Licenciada en Psicología Nancy Cattaneo (fs. 4), expresa que aún considerando la mejora en la confianza que lograra la accionante tras su operación y descenso de peso, todavía muestra **“... graves dificultades para asumir esas partes de su propio cuerpo** (se refiere a piernas y abdomen)... **que, justamente, la preocupan, atormentan a nivel psíquico y entristecen al punto de encontrarse en un estado depresivo que todavía permanece relativamente encubierto. Diagnóstico: síndrome depresivo reactivo”** (Sic; fs. 4).-

Que, tales estudios médicos demuestran que la situación física de la actora, con los denominados “colgajos” que quedaran tras su importante descenso de peso, le afectan seriamente en su parte física y psíquica, no pudiendo encuadrarse las operaciones aconsejadas por los expertos como estéticas sino como netamente reparadoras y necesarias a los fines de su salud, lo cual permite desestimar el planteo formulado a tal fin por la parte demandada.-

Poder Judicial de la Nación

Que, respecto a la falta de incorporación de las operaciones requeridas en el Programa Médico Obligatorio, dispuesto por la Resol. 1991/95 SSalud, cabe destacar lo ya expresado por la Alzada en autos “*Trabichet María Amelia c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo*”, expte. N° 575/06, ya citada y a cuyos fundamentos me remito *brevitatis causa*, y donde se destacara que el mismo *no siempre se encuentra actualizado ni puede constituir una barrera para la efectiva tutela de los derechos conculcados, esencialmente la protección integral de la salud del amparista*. Tal criterio ha sido –asimismo- sustentado por la Cám. Fed. de La Plata –Sala 3°- en autos “C., M. J. v. Unión del Personal Civil de la Nación” del 04/12/2007 (LLBA 2008-3-334), expresando que el PMO *resulta un piso básico de prestaciones, mutable ante nuevas técnicas y circunstancias y con un fin integral superior al mero sufragio económico de la práctica médica*, protección de mayor amplitud acordada también por nuestro Máximo Tribunal (CSJN en Fallos 326:4931).-

Que, tal extremo es aún más ostensible tras el dictado de la ley 26.396 de Trastornos Alimentarios, cuyo art. 15 expresamente dispone que “**Quedan incorporadas en el Programa Médico Obligatorio, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios según las especificaciones que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación**”, agregando su art. 16 que “**La cobertura que deberán brindar todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la Ley N° 23.660.... incluirá los tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, quirúrgicos, farmacológicos y todas las prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades**” (Sic; el subrayado me pertenece).-

Que, conforme ello, el PMO deberá –seguramente- ser modificado a los fines de la incorporación de las pautas señaladas por la reciente ley, incluyendo las cirugías bariátricas y reparadoras necesarias para el efectivo tratamiento de las

dolencias relacionadas a los trastornos alimentarios, todo lo cual me exime de mayores disquisiciones al efecto. En este sentido, se ha manifestado que *“No sólo se debe ser muy cuidadoso en los principios y valores que deben inspirar el diseño de un sistema justo de salud, principios y valores respetuosos de la dignidad inherente al ser humano, sino que también se debe hacer hincapié con esmero en un **real derecho de acceso a ese sistema de salud, que garantice el ejercicio efectivo del derecho constitucional a la salud**”* (Confr. Juzg. Crim. y Correccional Transición Mar del Plata, Nº 1, en autos “B., M.E. s/ Amparo”, del 13/09/99 en J.A. – Número Especial del 3/11/99, Bioética- pág. 72; el remarcado me pertenece).-

Que, conforme ello, cabe acoger en todas sus partes la acción interpuesta, condenándose a la accionada a efectuar íntegra cobertura de las operaciones reparadoras requeridas por la actora y dispuestas por los facultativos actuantes, en tanto se encuentra afectado su derecho a la salud, constitucionalmente resguardado (arts. VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 8 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, arts. 12 num. 1 y núm. 2 ap. d) del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24 num. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 4 num.1, 5 num. 1, 19 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 3 num. 1, 6, 23, 24 y 26 de la Convención Americana de los Derechos del Niño; art. 75 inc. 22 CN).-

Que y en cuanto a las costas del presente juicio, corresponde imponerlas en su totalidad a la demandada, por resultar vencida, de conformidad a lo normado por el art. 68 y conc. del CPCCN y arts. 14 y 17 de la Ley 16.986.-

Que, y en cuanto a los honorarios de los letrados intervinientes en el presente juicio, corresponde establecerlos de conformidad a lo normado por los arts. 1, 2, 6, 8, 9, 27, 37, 38, 47 y conc. de la Ley 21.839 y arts. 12 y 13 de la Ley 24.432.-

POR ESTOS FUNDAMENTOS

RESUELVO:

Poder Judicial de la Nación

1º) HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO INTERPUESTA, POR LOS FUNDAMENTOS VERTIDOS EN LOS CONSIDERANDOS RESPECTIVOS, CONDENÁNDOSE A LA ACCIONADA –OBRA SOCIAL DE PETROLEROS (O.S.PE.)- A EFECTUAR INTEGRAL COBERTURA DE LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS REPARADORAS REQUERIDAS POR LA AMPARISTA –SRA. MARIA AMELIA TRABICHET- ESENCIALEMENTE “DERMOLIPECTOMÍA COMPLETA CON NEOUMBILICOPLASTIA Y PLICATURA DE RECTOS ABDOMINALES; DERMOLIPECTOMÍA DE BRAZOS, DE MUSLOS Y PEXIA MÁS AUMENTO MAMARIO”, ASI COMO TODA OTRA ANEXA Y ACORDADAS POR LOS FACULTATIVOS ACTUANTES, EN EL PLAZO QUE LOS MISMOS DETERMINEN Y A SUS EFECTOS (ARTS. 1 Y CONC. DE LA LEY 16.986, ARTS. 15 Y 16 DE LA LEY 26.396, ARTS. 43 Y 75 INC. 22 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, ARTS. VII Y XI DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE; ARTS. 3, 8 Y 25 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, ARTS. 12 NUM. 1 Y NÚM. 2 AP. D) DEL PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES; ART. 24 NUM. 1 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS; ART. 4 NUM.1, 5 NUM. 1, 19 Y 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y ART. 3 NUM. 1, 6, 23, 24 Y 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO).-

2º) IMPONER LAS COSTAS DEL PRESENTE A LA PARTE DEMANDADA, DE CONFORMIDAD A LO NORMADO POR EL ART. 68 Y CONC. DEL C.P.C. Y C.N. Y ARTS. 14 Y 17 DE LA LEY 16.986.-

3º) REGULAR LOS HONORARIOS DEL LETRADO INTERVINIENTE EN LA PRESENTE CAUSA EN LA SUMA DE PESOS MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200,00-) A LA DRA. VANINA MARICEL SEQUEIRA Y DE PESOS OCHOCIENTOS (\$ 800,00-) LOS CORRESPONDIENTES AL DR. ALBERTO I. MENDEZ. DEBE PUNTUALIZARSE QUE SE HA MERITUADO LA EXTENSIÓN, CALIDAD Y

EFICACIA DE LA LABOR DESARROLLADA, ASÍ COMO LO NORMADO POR LOS ARTS. 1, 2, 6, 8, 9, 27, 37, 38, 47 Y CONC. DE LA LEY 21.839 Y ARTS. 12 Y 13 DE LA LEY 24.432.-

4º) TENER PRESENTE LA RESERVA DEL CASO FEDERAL EFECTUADA.-
NOTIFIQUESE, DEJESE COPIA Y OPORTUNAMENTE ARCHIVESE.-

BEATRIZ ESTELA ARANGUREN
JUEZ FEDERAL