Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE MAR DEL PLATA 2

21/2019

C, AE c/ OSMATA s/AMPARO LEY 16.986

Mar del Plata, de octubre de 2019.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos caratulados 21/2019 "**C, AE c/ OSMATA s/AMPARO LEY 16.986**" de trámite ante éste Juzgado Federal N° 2 de Mar del Plata, traídos a despacho a los fines de dictar **SENTENCIA DEFINITIVA** y de cuyo examen;

RESULTA: I) Que a fs. 22/28vta. se presenta la parte amparista, conformada por los progenitores de un niño menor de edad, en cuya representación intervienen, por derecho propio, con patrocinio letrado, y promueve formal acción de amparo contra la OSMATA, a los fines de que se provea la cobertura en favor del menor de una serie de estudios y prestaciones médicas a desarrollarse en el Hospital Italiano de Buenos Aires, las cuales allí detalla e individualiza, todas las cuales, según afirma, han sido médicamente prescriptas.-

Acto seguido, esboza una serie de consideraciones en torno a la competencia, pasa revista de los hechos y antecedentes del caso, funda en derecho, solicita el decreto de una medida cautelar, ofrece prueba y solicita se haga lugar a lo requerido en todos sus términos.-

II) Que a fs. 29/31 el magistrado que previno en la causa dispuso, entre otras cuestiones, decretar medida cautelar en conformidad con lo requerido oportunamente por la amparista.-

Asimismo, en dicha oportunidad, el citado dispuso también el rechazo del pedido de reintegro formulado por la accionante por considerarlo improcedente.-

III) Que a fs. 39/44vta. se presenta la accionada en autos, por intermedio de letrado apoderado, y produce el informe circunstanciado de ley que le fuera oportunamente requerido en el caso.-

En el marco de dicha presentación, cuestiona la viabilidad de la acción de amparo para el presente reclamo, planteando concretamente la falta de agotamiento de la vía administrativa, la falta de actualidad o inminencia en la lesión y la aplicación al caso de la Ley nº 16.986, toda vez que OSMATA no revista la naturaleza de autoridad pública, por tratarse de una de carácter privado.-

Posterior a ello, y por imperativo procesal formula la negativa de rigor.-

Luego y en concreto sobre los hechos y antecedentes del caso, resalta que: *"(…) resulta imposible dar cumplimiento a la prestación requerida, sin el pilar normativo necesario, o sea para ello resulta imprescindible contar con un basamento ineludible, que es el debido control que tiene esta OSMATA respecto de medicamento y/o prestaciones que brindan al paciente (…)".-*

Alude luego a la naturaleza y funcionamiento de la obra social y sostiene que ha actuado conforme la normativa aplicable al caso, abogando así por la inexistencia de acto lesivo alguno de su parte.-

Ofrece prueba, plantea la reserva del caso federal y solicita el rechazo de la acción intentada en su contra, con imposición de costas a la parte amparista.-

IV) Que finalmente, a fs. 54 se dispuso el llamado de autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme y las presentes actuaciones en condiciones de ser falladas.-

Y CONSIDERANDO:

I) Que si bien el "derecho a la preservación de la salud" no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional - con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios -, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados "derechos implícitos" de nuestro ordenamiento jurídico (art. 33 de la Constitución Nacional). Así lo ha reconocido históricamente la doctrina más destacada, (v.gr.: Humberto Quiroga Lavié), para quien este derecho se encuentra implícito en la soberanía de un

pueblo que necesita fortalecerse en el crecimiento físico y espiritual de sus integrantes (“Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, pág. 159).-

A mayor abundamiento, cabe destacar que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el Art. 75 Inc. 22) establece que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.-

Del plexo normativo descripto, surge con claridad la efectiva protección que debe tener este derecho fundamental de la persona, que implica no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran obligados a ello - y con especialísimo énfasis en los agentes del servicio de salud - de tomar acciones positivas en su resguardo. -

En ese orden de ideas, corresponde señalar que el beneficio de gozar de un elevado nivel de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano, de acuerdo a lo establecido en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, no identificándose solamente la salud con la ausencia de enfermedad, sino con un estado completo del bienestar, dentro del cual intervienen factores económicos, culturales, sociales y no exclusivamente sanitarios. Desde esta óptica, resulta evidente que aquí nos enfrentamos con una decisión – la de la accionada – que resulta susceptible de afectar el derecho a la salud del amparista.-

Sin dudas, queda claro que existen obligaciones para quienes prestan los servicios de salud, a partir de lo dispuesto en las leyes 23.660 y 23661, en los artículos 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 5.1, 11.1, 19, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 2.2 y 12 inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

Inclusive, y teniendo en consideración los derechos comprometidos, cabe recordar que "(…) supuestos como el de marras, aconsejan un abordaje no tan severo y estrechamente negocial del tema, sino uno que tome en cuenta las circunstancias concretas del actor y las particularidades del contexto en el que la relación se inserta." (Del dictamen del Procurador General en "V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo", del 22 de diciembre de 2003).-

II) Delineados los parámetros expuestos, ha de tenerse presente ahora, respecto a la defensa incoada por la accionada en cuanto a que no se ha iniciado un reclamo administrativo previo, que dicho planteo carece de entidad suficiente para hacer lugar a su pretensión.-

Ello así, por cuanto la tramitación de un reclamo de dicha índole no resulta un requisito insalvable para la procedencia de la acción de amparo. Máxime, en casos como el presente, donde la naturaleza de los derechos en juego tornan al amparo como la única vía idónea para el aseguramiento de la tutela requerida.-

En este sentido se ha expedido la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, señalando que *"…la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como la que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación de principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole…Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías administrativas ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (Conf. Fallos: 274:13, considerando 3º), su exclusión por la sentencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias" (cfr. CSJN, en autos "María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial, del 30/10/2007).-*

Por lo tanto, corresponde rechazar el planteo de falta de agotamiento de la vía administrativa y de falta de empleo de remedio o recurso administrativo previo por parte de la amparista, que hubo de esgrimir la accionada en el marco de su informe circunstanciado.-

Por su parte, y respecto a la supuesta falta de actualidad o inminencia en la lesión que planteara la accionada, debo decir que, operada la Reforma Constitucional de 1994, a través de la cual se revitalizó la figura del amparo, debe relativizarse la importancia de ciertas cuestiones –sobre todo, de índole procesal- regidas por la Ley 16.986.

Una de ellas es, justamente, la cuestión previamente referida, y así lo ha entendido la Corte Suprema de la Nación al resolver en los autos Video Club Dreams (Fallos v. 93 XXV). En dicha oportunidad, el Máximo tribunal sostuvo, al referirse a la cuestión, que *"el obvio carácter iuspublicista de la institución del amparo y su valor instrumental, es decir, el de instrumento ágil, eficaz y expeditivo para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, obliga a centrar el examen en la conducta estatal que en "forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" derechos que la Constitución Nacional consagra en favor del actor. Precisamente, las cuestiones de orden procesal que el apelante reitera como fundamento del vicio de arbitrariedad, son construcciones técnicas que el legislador ha previsto para preservar los derechos esenciales que gozan de reconocimiento constitucional y no pueden ser interpretados de modo de desvirtuar los fines de la Ley Suprema. En este orden de ideas, esta Corte ha subrayado con especial énfasis que "es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales" (Fallos:239:459; 241:291; 307:2174 considerando 10).(…) Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, se ha señalado que ni el inciso d, in fine, ni el inciso e, del art. 2 de la ley 16.986, pueden constituir una valla infranqueable a la tarea judicial de estudiar la concordancia del acto impugnado con la Constitución Nacional. Máxime si se considera que con la acción incoada no se enjuicia un acto único del pasado, sino una ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de promover la acción y también en el tiempo siguiente (dictamen del Procurador General subrogante compartido por este Tribunal en Fallos: 307:2174)."*

Por todo ello, entiendo que la cuestión previamente analizada, planteada por la accionada, en cuanto ha cuestionado la vía del amparo para incoar la pretensión actora, debe ser desestimada por improcedente.-

Por su parte, y respecto al planteo esbozado por la accionada en relación a la improcedencia de la acción de amparo intentada en su contra, en atención a lo dispuesto por el art. 1 de la ley 16.986 en relación a que solo será procedente respecto de actos u omisiones de autoridades públicas -considerando así el carácter de entidad privada o particular que reviste la obra social-, que el mismo no ha de prosperar toda vez que, también a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y por vía de lo normado por el art. 43 de la CN, resulta por lo demás claro y evidente que el mentado instituto resulta procedente respecto de actos emanados de particulares.-

Por lo expresado anteriormente, entiendo que cabe rechazar también el referido planteo que esbozara la accionada en el marco de su informe circunstanciado.-

III) Desechadas las referidas defensas planteadas por la accionada, entiendo que el punto central para resolver la cuestión de fondo, radica en determinar si la mencionada se encuentra obligada, o no, a otorgar la cobertura en favor de la amparista de una serie de estudios y prestaciones médicas a desarrollarse en el Hospital Italiano de Buenos Aires, las cuales detalla e individualiza en su escrito inicial, todas las cuales, según afirma, han sido médicamente prescriptas.-

Que frente a ello, la accionada adujo que se está en presencia de un reclamo de cobertura que no se encuentra legislado, resaltando en tal sentido que *"(…) resulta imposible dar cumplimiento a la prestación requerida, sin el pilar normativo necesario, o sea para ello resulta imprescindible contar con un basamento ineludible, que es el debido control que tiene esta OSMATA respecto de medicamento y/o prestaciones que brindan al paciente (…)" (ver fs. 43vta.).-*

IV) Que adentrándose al análisis de dicha cuestión, debo destacar que el planteo de la accionada referido a la falta de inclusión de las prestaciones reclamadas en el Programa Médico Obligatorio ha de ser rechazado, toda vez que tal catálogo no constituye *más que "(…) un límite inferior, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse",*

pudiendo las empresas de medicina prepaga convenir por contrato con el afiliado ciertas prestaciones y servicios fuera de él (confr. C.N.C.C.F., causa n° 3539/08, "Coll Maria Adriana C/Obra Social Union Personal S/Sumarisimo", Sala 3, del 2/7/2013 y Causa n°3090/11, "Mulka Hugo Esteban C/ Obra Social Union Personal S/ Amparo", Sala 2 del 26/02/13, entre otros –el destacado me pertenece-; C.A.C.C.M. de San Juan, Sala 1, en autos "Igualada, Juan Cruz c/ Swiss Medical s/ amparo", sentencia del 25/4/2014).-

En este contexto, y como ya lo he sostenido en precedentes similares, es claro que el PMO –Resolución Nro. 201/2002 del Ministerio de Salud- resulta ser una normativa que sindica pautas de carácter general, y que no debe negar derechos constitucionalmente instituidos respecto a la protección a la salud, como así también los propios objetivos tenidos en mira al dictar las Leyes de Obras Sociales N ° 23.660 y 23.661, y de Medicina Prepaga nº 26.682.-

No puede obviarse entonces, a tenor de lo expuesto, que deberá otorgarse prioridad al derecho a la salud garantizado por la Constitución Nacional y las normas que regulan su vigencia, por sobre los contenidos de un protocolo como el PMO, concebido para una situación particular histórico-social de emergencia, desconociendo lo que en él se dice acerca de las situaciones de salud no contempladas en ese momento.-

En consecuencia, y en supuestos de conflicto, como el que acontece en autos, prevalecen las normas constitucionales y las remisiones del Art. 75 inciso 22 del propio texto fundamental, como asimismo, la legislación de Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga, por sobre lo no instituido expresamente en el PMO.-

Asimismo, no debe dejarse de lado que el proceso de inclusión en el PMO de tratamientos medicamentosos que quedaron en su momento fuera de dicho protocolo, se está implementando progresivamente a través de diversos proyectos legislativos.-

En línea acorde a lo expresado se ha expedido la jurisprudencia, en cuanto a que las limitaciones de cobertura derivadas de las omisiones del PMO deben ser entendidas como que el listado allí expuesto debe ser considerado como un piso prestacional que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas, que - como en el caso de Autos - puede tornarse irreversible (Cfr. CNACiv. Com. Fed. Sala de feria, 26/7/2007, "Domínguez, Carlos c/ Obra Social de Árbitros Deportivos de la República Argentina y otro").-

Por ende, debo decir que la falta de inclusión de las prestaciones aquí reclamadas en el Programa Médico Obligatorio, no puede ser un obstáculo para el otorgamiento de la cobertura solicitada, por lo que debe rechazarse así el planteo formulado por la accionada en ese sentido.-

En consecuencia, considero que la omisión del cumplimiento de la prestación por parte de la accionada ha sido arbitraria e irrazonable, por lo que la presente demanda debe ser acogida en su contra (art. 43 C.N.).-

V) Ahora bien, en torno al porcentaje de cobertura a otorgar respecto de las prestaciones reclamadas por la amparista, debidamente prescriptas a fs. 9/10, con la pertinente derivación para su realización al nosocomio reclamado obrante a fs. 7, es que no habiendo formulada la citada expreso requerimiento alguno en tal sentido y ni invocado causal de justificación alguna que permita el apartamiento de las normas pertinentes, es que habrá de estarse al establecido por aquellas o al que corresponde en atención al plan de cobertura correspondiente que fuera suscripto para con la accionada.-

VI) En cuanto a las costas de este proceso, corresponde su imposición a las vencidas, por aplicación el principio general vigente en la materia. (Art. 14 Ley 16.986).

FALLO:

I) Acogiendo íntegramente la acción de amparo promovida por la amparista en representación de su hijo en contra de la accionada OSMATA.-

II) Rechazando las defensas de falta de agotamiento de la vía administrativa y de falta de inminencia o actualidad en la lesión alegada que planteara la accionada, en virtud de lo expresado al respecto en el considerando II.-

III) Ordenando a la accionada a que, en el plazo de cinco días a partir de que la presente quede firme, le brinde a la amparista la cobertura que corresponda en función de los dispuesto en el considerando V, de las prestaciones detalladas en el escrito inicial, en los términos de las prescripciones médicas que lucen a fs. 9/10, a desarrollarse en el Hospital Italiano de la CABA –cuestión ésta que no fuera controvertida por la accionada-.-

IV) Imponiendo las costas del proceso a la vencida.-

Fecha de firma: 18/10/2019
Firmado por: SANTIAGO JOSE MARTIN, JUEZ FEDERAL

#33065282#247159370#20191017101749686

V) NOTIFÍQUESE, REGÍSTRESE, REGÚLENSE LOS HONORARIOS PROFESIONALES, CUMPLIMÉNTESE y, oportunamente, ARCHÍVESE.-

Santiago José Martín

Juez Federal

En igual fecha se libraron cédulas a las partes a los fines de anoticiar la presente sentencia definitiva dictada en el día de la fecha. Conste.-

Fecha de firma: 18/10/2019
Firmado por: SANTIAGO JOSE MARTIN, JUEZ FEDERAL

#33065282#247159370#20191017101749686