67/2018
M, J E c/ OSPERCIN s/AMPARO LEY 16.986

Mar del Plata, de abril de 2019.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos caratulados 67/2018 "**M, J E c/ OSPERCIN 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. 61/128 se presenta la amparista, en representación de su hijo menor con condición de persona con discapacidad, por derecho propio y con patrocinio letrado, e interpone formal acción de amparo contra OSPERCIN, con el objeto de que se condene a la citada a que proceda a reafiliar al menor de edad y brindarle la cobertura al 100% de las prestaciones y medicamentos que afirma requerir.-

Pasa revista de los hechos y antecedentes del caso, detalla acabadamente las patologías que padece el menor, analiza el marco legal que considera aplicable al caso y al derecho que considera vulnerado en el presente.-

Refiere luego a la procedencia de la acción de amparo, efectúa una serie de consideraciones en torno a la competencia, solicita medida cautelar, ofrece prueba, efectúa expresa reserva del caso federal, y solicita se haga lugar a lo requerido en todos sus términos.-

II) Que a fs. 168/169 se presenta nuevamente el padre del menor, con patrocinio letrado, y denuncia el fallecimiento del citado.-

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 de la amparista.-

II) Que, 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.-

III) Que conforme los términos en que ha quedado delimitada la presente litis, la cuestión a dilucidar, según entiendo, se centra en determinar si existe mérito suficiente, o no, para acceder al pedido de cobertura formulado por la amparista en relación a las prestaciones reclamadas en autos.-

Que sin perjuicio de ello, ha de tenerse presente, como fuera puesto de resalto más arriba, que a fs. 168/169., el padre del menor denunció el fallecimiento de aquella, según documental adjunta.-

Que analizando la misma -puntualmente la copia simple del acta de defunción emitida por el Registro Provincial de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, obrante a fs. 168- efectivamente se constata el deceso del citado, Joaquín Emmanuel Mancuso, acaecido el día 29/04/2018.-

En virtud de ello, he de considerar que la petición requerida por aquel, cual motivó la promoción de la presente acción de amparo carece, al día de hoy, de virtualidad jurídica alguna.-

Cabe recordar a este respecto, que las cuestiones a ser analizadas en un juicio o causa judicial (Art. 116 y ccs. C.N.), deben ser actuales al momento de su análisis por los magistrados, y ello no sucede cuando los derechos constitucionales no poseen aptitud para ser tutelados por haber fenecido el agravio que motivó el pedido de intervención judicial urgente, como ha ocurrido, a la luz de lo expuesto, en el supuesto de autos.-

En línea acorde a lo expresado se ha manifestado el jurista Néstor Sagüés, poniendo de relieve que “En las cuestiones abstractas (sea en las inicialmente abstractas, donde ya en origen no hay una auténtica colisión de derechos, o en las posteriormente abstractas, es decir cuando en el transcurso del proceso desaparece el interés jurídico de las partes), se produce para algunos, inclusive una “falta de jurisdicción”, más que de

competencia, que exime del deber de fallar" (Cfr. Sagués, Néstor "Derecho Procesal Constitucional, T° III/ Acción de Amparo" ASTREA, p. 445).-

Se debe resaltar también que las sentencias no deben ser inoficiosas e inconducentes, y que es regla en derecho que la pretensión del justiciable debe subsistir al momento de resolver el conflicto de intereses planteado en el juicio (cfr. Bidart Campos, Germán; "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", Ed. Ediar, 1988).

En línea acorde a lo apuntado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "el juicio de amparo constituye un remedio excepcional cuyo objeto se agota en ordenar el cese inmediato de la conducta estatal manifiestamente ilegítima," por lo cual al no subsistir el comportamiento tachado de lesivo "resultaría inoficioso pronunciarse al respecto." (Cfr. CSJN in re "Colegio Público de Abogados de la Capital c/EN -Poder Ejecutivo y Poder Judicial", 1993, Fallos, 316: 2016.).-

Por todo ello, entiendo que corresponde declarar de tratamiento abstracto la cuestión que se plantea en autos.-

IV) Que en lo relativo a las costas procesales, sin perjuicio de la solución precedentemente adoptada, entiendo que habrá de fijarse la condena en costas para la accionada en autos, conforme el principio general que rige la materia.-

Ello así, por cuanto ante la actitud reticente de parte de la accionada en relación a dar cobertura a sus peticiones, la amparista pudo haberse considerado con derecho a accionar por la presente vía y entender que su reclamo era fundado. En suma, considero que a citada pudo haberse considerado con razón para litigar, lo que amerita, a mi juicio, la solución que aquí se adopta.-

Por lo antes dicho, y con fundamento en la legislación, jurisprudencia y doctrina indicadas;

FALLO:

I) Declarando de tratamiento abstracto el pedido de cobertura formulado por la amparista, conforme los fundamentos esbozados en el considerando III.-

II) Imponiendo las costas del proceso a la accionada en autos, conforme lo expresado en el considerando IV.-

III) Atento al estado de las presentes actuaciones, y en virtud del expreso pedido formulado a fs. 174/vta. se regulan en este mismo acto los honorarios de los profesionales intervinientes:

En ese sentido, siendo que -en razón de la naturaleza de la acción entablada- no existe valor económico a considerar como base a los fines arancelarios, evaluando la actuación de los profesionales intervinientes, y teniendo presente la calidad, eficacia, incidencia y trascendencia de la labor profesional desarrollada por cada uno de ellos, así como también el modo en el que culmina el pleito, regulo:

a) Los honorarios de la Dra. Carmen Schajnovich Aguirre -letrada patrocinante del amparista-, en veinte (20) UMA, equivalentes a la suma de treinta y cuatro mil trescientos pesos ($34.300) (arts. 48; 51 de la ley 27.423; C.S.J.N. Ac. 27/18);

b) Los honorarios de la Dra. Mirta Susana Giacomello -apoderado de OSPERCIN-, en quince (15) UMA, que equivalen a la suma de veinticinco mil setecientos veinticinco pesos ($25.725) (arts. 48; 51 de la ley 27.423; C.S.J.N. Ac. 13/18). Esta regulación está condicionada a que el mencionado profesional no se encuentre en relación de dependencia ni perciba retribución fija de su mandante (art. 2 ley 27.423).-

Todo ello, con más el 10% de aportes previsionales a cargo de la parte, y conforme a lo normado por los arts. 11; 15; 16; 19; 20; 26; 48; 51 y concordantes de la ley 27.423. Asimismo, si los profesionales fueran responsables inscriptos en relación al IVA, deberá adicionarse el porcentaje correspondiente a dicho impuesto.-

NOTIFÍQUESE, REGÍSTRESE, CUMPLIMÉNTESE y, oportunamente, ARCHÍVESE.-

Santiago J. 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: 11/04/2019
Firmado por: SANTIAGO JOSE MARTIN, JUEZ FEDERAL

#31157607#231569477#20190410081630356