

Derecho A La Salud Amparo Obra Social Cobertura De Medicamentos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Amparo. Obra social. Cobertura de medicamentos. Se confirma la sentencia que dispuso que la obra social demandada brinde a la menor la cobertura del 100% del medicamento solicitado y de toda la que en el futuro la sustituya o le sea prescripta en función de su estado de salud, pues la denegatoria del Instituto demandado resulta vulnerable del derecho a la salud y preservación de la vida.

En la ciudad de Corrientes, a los tres días del mes de marzo de dos mil diecisiete, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° EDC-2578/15, caratulado: "M., M. S. C/ OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ AMPARO". Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Luis Eduardo Rey Vázquez, Alejandro Alberto Chaín, Eduardo Gilberto Panseri, Fernando Augusto Niz y Guillermo Horacio Semhan. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE: CUESTION ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice: I. A fs. 162/166 y vta. la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral dictó la sentencia 265 por la que rechazó el recurso de apelación interpuesto por el IOSCOR confirmando la procedencia de la acción de amparo y en su mérito dispuso que la obra social brinde a la menor S. M. T. la cobertura del 100% del medicamento solicitado y de toda la que en el futuro la sustituya o le sea prescripta en función de su estado de salud, con costas a la accionada vencida. Disconforme, la demandada interpuso a fs. 167/171 el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley venido a consideración de este Superior Tribunal. II. Para decidir en ese sentido, la Cámara Cont. Adm. consideró que de acuerdo a los términos de la demanda y la documental acompañada la menor de autos padece de una enfermedad denominada ?Fibrosis Quística Pancreática? y que requiere de un tratamiento especial y de por vida, consistente en mejorar la calidad de vida y contrarrestar los problemas respiratorios, intestinales y nutricionales. Asimismo señaló que según constancias de autos, el tratamiento indicado por el médico especialista consiste en la administración de TOBRAMICINA BRIDUL y la vitamina K, llamada AQUADKS vIt, ADEK. En ese sentido, valoró las posturas asumidas por las partes dando primacía a la protección del derecho a la salud por sobre los argumentos económicos de interés general esgrimidos por la accionada, señalando que la protección de la actora excede lo estrictamente legal debiendo recurrirse a un espectro mayor dentro de la juridicidad para la protección del derecho a la salud y su mejor calidad de vida. Máxime que se trata de la salud de una menor discapacitada con riesgo a su integridad vital por lo que no puede expedirse en otro sentido. III. Se agravia la obra social accionada aduciendo que la Cámara Cont. Adm. ha hecho una errónea interpretación de la ley, conforme lo prevé el art. 278 inc. 2° del CPCyC. Cuestiona la idoneidad de la vía de amparo, destacando la ausencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de parte del IOSCOR, así como la inexistencia de ilegalidad continuada. Argumenta que de acuerdo a las constancias de la causa, en ningún momento se negó el suministro de TOBRAMICINA en ampollas, pues la efectividad de la nueva presentación del medicamento [polvo para inhalar] no se encuentra lo suficientemente acreditado, además de ser sustancialmente más oneroso y sin un evidente beneficio. De ese modo, razona que la demostración de los beneficios de la nueva presentación de la droga requiere de mayor debate y prueba que exceden del marco del amparo y por ende descarta la presencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta para su procedencia. Propone como solución intermedia intercalar la utilización del medicamento: nebulizaciones cuando se encuentre en el hogar e inhalación en lugares públicos. Por último se agravia de la imposición de las costas. IV. Al analizar los fundamentos del decisorio de Cámara y confrontarlos con la argumentación expuesta por el recurrente a la luz de la excepcionalidad del recurso de inaplicabilidad de ley en tratamiento, considero que la impugnación no puede prosperar. Paso a explicar por qué. V. Luego de la reforma constitucional nacional en el año 1994, la acción de amparo fue incorporado al texto constitucional en el art. 43. También en el orden local con la reforma del 2007 fue introducida en el art. 67. No obstante lo auspicioso de tales avances, la acción de amparo no mudó su naturaleza excepcional, no sólo porque en esa línea se sustentó el despacho mayoritario en la Convención Constituyente de Santa Fe, sino porque esa es la directriz que viene marcando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su rol de máximo intérprete y guardián de la Constitución Nacional: "... 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: 310:576 y 2740;

311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097 y 327:5246, entre muchos otros). Bajo tales premisas, considero en principio que no ha sido el amparo la vía idónea para dirimir la presente contienda. Así lo pienso, en primer término porque el proceso contencioso administrativo brinda el marco procesal adecuado para que se discuta y pruebe ampliamente todo lo relativo a la droga Tobramicina en la presentación requerida por la actora [Tobramicina en Polvo Seco Tobi Pohaler], sus beneficios y/o eventuales complicaciones, los costos, su repercusiones en el seno familiar y en la psiquis de la paciente, el impacto en su vida de relación. En efecto, la determinación fehaciente de las bondades o contraindicaciones del suministro de la droga mediante polvo para inhalar por sobre las ampollas para nebulizaciones, los costos de una y otra presentación, los // eventuales efectos adversos, así como el impacto en la paciente y en su entorno, requerían de un mayor debate y prueba que escapaban al acotado marco del amparo.

En segundo, de las constancias de la causa se verifica que la obra social demandada viene cubriendo la necesidad de la actora en punto al medicamento Tobramicina mediante nebulizaciones [Ampollas] y lo viene haciendo regularmente, lo que descartaría en principio la presencia arbitrariedad o ilegalidad y menos con las notas de ostensibilidad que se requiere para la procedibilidad de esta clase de acción. No obstante esta línea argumental, y tal como ya lo sostuve en una causa idéntica venida a este Superior Tribunal ?Almirón? (Sent. N° 03/2016: Fuero: Amparo), existen aspectos que no pueden ser soslayados en esta instancia para arribar a justa solución del caso. Una es que, a requerimiento de la Cámara que intervino como tribunal de origen en este amparo, el profesional integrante del Instituto Médico Forense del Poder Judicial, Dr. Isaac Roberto Soler se expidió sobre la conveniencia de la utilización del medicamento solicitado por el médico tratante de la menor señalando que "[...] La prestataria IOSCOR no debería denegar o sustituir la prescripciones del especialista indicado...? y ?Que el orden de preferencia de los fármacos a utilizar corresponde al médico de cabecera y no al IOSCOR?. La otra es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene marcando un rumbo desde hace un tiempo a la fecha en temas relacionados con la preservación de la salud y la integridad física sosteniendo que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y que el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. También que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (CSJN, Fallo: M. 2648. XLI, "María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial", sentencia del 30 de octubre de 2007. Fallos 330:4647). En ese sentido, y valorando la cuestión desde esa atalaya, observo que la denegatoria del Instituto demandado de proveer el medicamento en la forma indicada, en el caso particular de autos, resulta vulnerable del derecho a la salud y preservación de la vida, garantizados por la Constitución Nacional y por distintos Tratados Internacionales con conforman el bloque de constitucionalidad a partir de la reforma constitucional del año 1994. En efecto, el derecho de la salud constituye un derecho humano fundamental y debe ser concebido según la definición de la Organización Mundial de la Salud que hace referencia como un estado de completo bienestar bio-psico-social. Siendo una función indelegable del Estado garantizar la salud a todos los habitantes. Debe entenderse como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades" (Constitución de la Organización Mundial de la Salud). La salud ha sido reconocida mundialmente como un derecho humano inherente a la dignidad humana, de forma tal que el bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano constituye un derecho que el Estado está obligado a garantizar. La primera norma internacional que consagra expresamente el derecho a la salud data de 1946 y es la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) que refiere como uno de los derechos fundamentales "el disfrute del más alto nivel posible de salud". La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25 establece que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica [...]". El derecho a la salud también se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 12 establece que en los estados parte "deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". El Pacto tiene jerarquía constitucional, de conformidad a lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En ese entendimiento, considero que quedó demostrado en autos que el modo y/o la forma de administración o de suministro de la droga otorga beneficios indiscutibles a la menor S. M., brindándole mayor independencia y autonomía que le permiten desarrollar una vida normal, realizar distintas actividades, deportes, que anteriormente estaba impedida. Además de ser la modalidad prescrita mucho más rápida y que logra mayor adherencia al tratamiento. Beneficio que sin dudas repercute favorablemente en el seno familiar y en

su vida de relación. De modo que, aun cuando se considere que la denegatoria del Instituto demandado en proveer el medicamento en la forma indicada se encuentre de algún modo justificada, implica una grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía internacional, de acuerdo al inc. 22 del art. 75 de la CN, debiendo por tales motivos mantenerse la decisión recurrida. En base a los fundamentos expuestos y de ser ellos compartidos por la mayoría de mis pares, corresponderá rechazar por improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 167/171, para así confirmar el pronunciamiento recurrido excepto las costas, las que se modificarán imponiéndolas por su orden en todas las instancias. Ello así, pues la demandada pudo razonablemente creerse con derecho a resistir la pretensión amparista. Así voto. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice:

Coincido con la solución de fondo propuesta por el Sr. Ministro Dr. Rey Vázquez, dejando a salvo mi criterio en relación a la idoneidad de la vía de amparo en cuestiones como las que nos ocupa, pues siguiendo la doctrina que dimana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su condición de máximo intérprete y guardián de la Constitución Nacional, la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. En efecto, ello es así pues no me quedan dudas que en el caso, al igual que el fallado en la causa ?Almirón? (Sent. N° 03/2016) sobre los beneficios de la nueva modalidad de suministro de la droga Tobramicina y de cómo repercute favorablemente no sólo en el paciente sino en el seno familiar y en su vida de relación. Y ello está directamente relacionado con la vida y con el principio de autonomía personal reconocidos en los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 inc. 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; art. 6 inc. 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (conf. Fallos: 323:1339; 326:4931). De tal modo que excluir la acción de amparo por el proceso contencioso administrativo cuando de las constancias de autos surge de modo fehaciente los beneficios del novedoso suministro de la droga, se fundaría en una apreciación meramente ritual que no se condice con el objeto del instituto que nos es otro que lograr una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 417; 305:307; 307:444; 327:2920).

Por lo tanto, con la salvedad apuntada, adhiero a la solución que propicia el Sr. Ministro votante en primer término y me expido en ese sentido. Así voto. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: I. Me permito disentir de la solución propuesta por el Sr. Ministro votante en primer término, basado en las consideraciones siguientes. Más por razones de brevedad y a fin de evitar repeticiones innecesarias me remito a la relación de la causa por él realizada en los Considerandos I, II y III). II. La vía de gravamen reúne los recaudos de admisibilidad y, por lo tanto, corresponde abordar el tratamiento de los agravios esgrimidos por el Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes. En ese quehacer, y en lo concerniente a la aptitud de la vía escogida por la actora tenemos que el art. 1° de la ley 2.903, establece que: "La acción de amparo procederá contra todo acto u omisión o agentes de la administración pública que, actual o inminentemente altere, amenace, lesione o restrinja con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cualesquiera de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional o Provincial, con excepción de la libertad // individual". Ello no se vio modificado con la consagración con rango constitucional del instituto del amparo en el Art. 43 de la Constitución Nacional y por el art. 67 de la Constitución Provincial, que también exigen como recaudo de admisibilidad la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de los actos impugnados para la procedencia de la acción amparista. Así lo decidió la Corte Suprema luego de la reforma constitucional diciendo que: "La acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (arts. 1° y 2°, inc. d), de la ley 16.986)... La inadmisibilidad de la acción de amparo cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta no varió con la sanción de nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, que reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia" (S 871 XXXI. Servotron SACIFI. c/ Metrovías S.A. y otros s/ amparo 16.986. 10/12/96. Fallos 319:2955). Sostuvo también que: "... aun cuando resulte manifiesta la ineptitud de la vía elegida -el amparo- para debatir cuestiones como la que los demandantes intentaron someter a conocimiento de los tribunales, pues una doctrina consolidada de esta Corte ha establecido que esta acción únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisibile, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal..." (Considerando 30°), P. 475 XXXIII. PRODELCO c/ PEN s/ amparo. 7/05/98. Fallos 321:1252). Indudablemente 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: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, entre muchos otros).

III. Pasando a analizar el caso a la luz de las premisas expuestas advierto que se trata de una cuestión idéntica a la fallada en la causa "ALMIRON MIRTA RAMONA C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ AMPARO", Expte. N° EDC - 1982/14 (Sent. N° 03/2016), en la que tuve oportunidad de fundar de mi disidencia para así rechazar la acción de amparo sobre la base de que, al igual que en el presente, no existe una negativa por parte del IOSCOR de brindar cobertura de los medicamentos solicitados por la menor sino que por el contrario lo viene haciendo desde temprana edad. No evidencio la existencia de una conducta reticente por parte de la obra social en el suministro de la droga requerida sino que una justificada actitud de prudencia en relación a la misma medicación pero bajo la forma de polvo para / / / inhalar, sustancialmente más onerosa y sin un beneficio evidente y certero que permita calificar de arbitraria o ilegal su actuación y mucho menos que sea algo claro, evidente o patente exigidos en el marco de una acción de amparo. Así lo pienso pues del juego armónico de las normas involucradas, el temperamento seguido por el I.O.S.Cor. resulta enteramente compatible con aquellas y no corresponde efectuársele reproche alguno desde el punto de vista legal, constitucional o convencional, puesto que dio respuesta eficaz y oportuna a la afección que padece la menor desde su nacimiento, lo que descarta sin más la procedencia de la acción intentada. Que la obra social se basa sobre principios de solidaridad entre los aportes de sus afiliados; y que todos debemos cumplir y mantener porque la quiebra de la obra social sólo traería perjuicio a todos sus integrantes; por ello cuidar los gastos no comprometidos o gastos nuevos merecen una reflexión a conciencia. Debo agregar que no se comprobó en autos que la utilización de la droga en polvo seco para inhalar sea mejor que las ampollas para nebulizaciones. En todo caso ello debió ser objeto de prueba en otro proceso más amplio como el contencioso administrativo con el debido control de las partes y no en el acotado marco del amparo, que no sólo que resulta ser inadecuado para ese propósito sino que utilizado de esa forma se lo desnaturaliza. En resumidas cuentas, no existe por parte del Instituto demandado un acto u omisión arbitrario e ilegal pues la obra social se hizo cargo desde siempre del suministro de la droga necesaria para hacer frente a la enfermedad que padece la menor, menos aún concurren en la especie las notas de patentibilidad necesarios para su procedencia, por lo que entiendo corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido, pues luce dogmático y, en lo sustancial, se apoya en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecen palmariamente desvinculadas de la concreta situación fáctica suscitada en estas actuaciones. Por los fundamentos expuestos, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 167/171, para así rechazar la presente acción de amparo, sin perjuicio de que se imponga al Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes realizar un seguimiento en punto a los avances que desde la medicina se pudieran alcanzar con el medicamento TOBRAMICINA EN POLVO SECO, que de acuerdo a las constancias de autos, no lucen con nitidez frente a la modalidad del suministro bajo la forma de inhalación mediante nebulizaciones. Estableciendo además la obligación que si el seguimiento le permite ir sustituyendo la droga en la nueva modalidad de inhalación. Las costas se imponen a la parte actora, pues no encuentro mérito suficiente para apartarme del principio objetivo que consagra el art. 68 del CPCyC. Regulando los honorarios profesionales de las doctoras Silvia Evelina Rivas, Mónica Mabel Meilán y José Alberto Busto, como patrocinadas y patrocinantes respectivamente, en el 30% de lo que se fije para el vencedor en la instancia de origen. Todos en la condición de Monotributistas frente al IVA (arts. 9 y 14; ley 5.822). Así voto. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 4 1°) Rechazar por improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 167/171, para así confirmar el pronunciamiento recurrido excepto las costas, las que se modificarán imponiéndolas por su orden en todas las instancias. 2°) Insértese y notifíquese. Fdo.: Dres. Eduardo Rey Vazquez - Alejandro Chaín - Eduardo Panseri - Fernando Niz - Guillermo Semhan 017499E