

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:-

-I-

Contra lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, que revocó la condena impuesta a la Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares (O.S.P.A.C.P.) para la provisión de una prótesis de cadera importada marca Biomet-Taperlock, la parte actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria da lugar a la presente queja (v. fs. 159/162, 195/199, 207/225 y 235/236 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante).

-II-

El pronunciamiento atacado es de naturaleza definitiva desde que un trámite ordinario posterior no satisfaría la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos: 331:1755). Así lo pienso, no sólo en función de la índole de la enfermedad que aqueja a la Sra. T. –marco en el que la dilación puede sin dudas ocasionar un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior (arg. Fallos: 330:4647; 331:2135, 334:1691, entre muchos otros)–, sino porque la sentencia contiene conceptos determinantes que no podrán ser objeto de nueva discusión (arg. Fallos: 323:3401; 325:2044).

De igual modo, el recurso resulta formalmente procedente –en los términos del art. 14, inc. 3°, de la ley 48–, pues viene en debate la obligatoriedad legal de cobertura por parte de la obra social demandada, cuya respuesta exige determinar la recta interpretación de normativa de índole federal que rige el sistema de salud (arg. Fallos: 330:3725).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que varias de las alegaciones formuladas desde la

perspectiva de la arbitrariedad guardan estrecha relación con la exégesis normativa que debe llevarse a cabo, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 330:2180, 2206 y 3471, entre muchos otros).

-III-

El voto del vocal preopinante de la mayoría inicia con la idea de que, conforme a los arts. 1º de la ley 16.986 y 43 de la Constitución Nacional, la admisibilidad formal y sustancial del amparo exige que se haya desconocido el derecho invocado, extremo que -concluye- no se da en la especie, en tanto no existiría negativa alguna de la obra social respecto del pedido de prótesis de la actora, quien -aclara- pretende otra más costosa, de procedencia extranjera.

Entiende que en el amparo debe juzgarse la regularidad de un acto y no las cuestiones entre el enfermo (y su médico) y el agente de salud, suscitadas en torno a un tratamiento o producto medicinal u ortopédico distinto al que debe proveer -y ofrece- la obra social.

Advierte que esta acción sumarísima no resulta apta cuando es necesario producir prueba para declarar la invalidez del acto impugnado, en tanto la materia propia de aquella es dejar sin efecto actos u omisiones arbitrarios o ilegales, fuera de toda controversia o duda.

Continúa aseverando que en autos se pretende un pronunciamiento judicial sobre cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, que tienen que ver con la praxis médica. En esa línea, juzga que la adecuación de la prestación es un tema en el cual los jueces carecen de jurisdicción, de modo que dicho aspecto "... no puede ser el contenido de la sentencia en ningún supuesto..." (v. fs. 198 penúltimo párrafo).

Como colofón, aun cuando caracteriza su reflexión como *obiter dictum*, deja expresamente dicho que la garantía del derecho a la salud no significa que la obra social soporte coberturas que exceden el listado del P.M.O., porque el agente no tiene a cargo cualquier riesgo, sino aquellos que están debidamente previstos.

A mi ver, estos dos últimos argumentos permiten diferenciar este caso de las hipótesis que tuvo en mira el precedente de Fallos: 334:295: autorizando así la

Procuración General de la Nación

intervención revisora de V.E., máxime frente a la premura implicada en la situación de salud por la que atraviesa la actora.

-IV-

Considero que la argumentación de la Cámara exhibe una grave incongruencia interna, pues desestima el amparo en función del carácter no manifiesto de la ilegalidad acusada, así como de la necesidad de una actividad probatoria que considera extraña al trámite. Empero, afirma paralelamente que la cuestión no es justiciable y –a pesar de todo ello– termina ingresando en el fondo de la cuestión, al expedirse por la improcedencia de la cobertura.

Ese defecto se profundizará en el último voto de la sentencia que, contradictoriamente, aun cuando adhiere a la opinión del preopinante, parece remitir la contienda al carril del proceso de conocimiento, cuando expresa que “...el empeño obcecado en tentar la vía del amparo no se sostiene, existiendo como existen vías sumarias de proceso cognoscitivo, medidas cautelares autónomas...[c]on las cuales se restablecería el recto quicio...” (v. fs. 199, consid. 2.2.).

-V-

Más allá de la inconsistencia lógica que acabo de señalar –que lleva, incluso, a dificultar seriamente la comprensión del criterio mayoritario–, observo que la sentencia incurre en un formalismo extremo y hace caso omiso de consolidadas directrices interpretativas trazadas por esa Corte, en claro detrimento de los derechos fundamentales de la afectada.

La primera de esas líneas, es la relativa al concepto de “caso” o “causa” que habilita el ejercicio de la jurisdicción por parte del Poder Judicial (art. 2° de la ley 27; arg. S.C. Comp. N° 305, L. XLIII *in re* “Luján, Jorge c/Perello, Julio s/ejecución”, del 17 de octubre de 2007; Fallos: 332:1433, esp. consid. 3°, entre muchos otros). Es que la pretensión que aquí se ventila –que ciertamente, no descansa en una cuestión de

carácter meramente especulativo— tiende a fijar la relación legal que vincula a las partes adversas, en un punto concreto, cual es el alcance de la cobertura debida por el agente de salud demandado, de manera que resulta claramente justiciable.

La segunda, apunta a la idoneidad de la vía elegida, que V.E. ha tenido por particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (v. Fallos: 330:4647; S.C. P. N° 943, L. XLIII *in re* “P., S.E. c/Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro s/amparo”, del 27 de mayo de 2009 [en especial, considerando 6°]).

La última, refiere a la responsabilidad de los jueces en la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia propia de este tipo de asuntos, en cuyo marco deberían encauzarse los procesos de manera expeditiva, evitando que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (arg. Fallos: 327:2413 y citas del dictamen publicado en Fallos: 332:1394 [punto VI]). En ese orden, resulta útil reparar en la duración de este juicio: pero, particularmente, en el hecho de que la prueba pericial no sólo se ha producido, sino que fue ampliada en función de la providencia dictada a fs. 183 por la misma Cámara, que ahora la juzga extraña al acotado ámbito del amparo.

Por otro lado, según adelanté, el fallo se limita a adherir al concepto genérico de que no debe obligarse a la obra social a hacerse cargo de las prestaciones no incluidas en el P.M.O.E. “bajo el argumento de que los derechos a la salud deben estar protegidos y garantizados... [pues] no se trata de poner a cargo de la mutual cualquier riesgo... sino aquéllos que estuvieren debidamente previstos y ponderados...” (*sic*; v. fs. 198 vta., segundo párrafo). Así las cosas, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable con arreglo a las circunstancias del juicio, porque desliga a la obra social, sin estudiar los elementos normativos y fácticos que configuran al caso. Entre ellos, la prueba pericial, o el propio P.M.O. que —conforme se verá en el punto VI, y contrariamente a lo que sostiene dogmáticamente la Sala— impone la cobertura denegada.

Procuración General de la Nación

-VI-

Desde otra perspectiva y yendo específicamente a la procedencia del reclamo, cabe recordar que aquí no se discute la dolencia que padece la Sra. T. (coxartrosis severa), ni que su resolución sea quirúrgica (artroplastia, con colocación de un reemplazo total de cadera no cementado). Tampoco viene controvertida la conveniencia de la prótesis que pide la afiliada, en orden a la patología que ésta presenta y a sus características personales de edad y actividad laboral (empleada doméstica).

En cambio, el conflicto ha quedado circunscripto centralmente al origen del insumo ortopédico, pues el especialista tratante requiere una prótesis importada, mientras que O.S.P.A.C.P. ofrece una fabricada en nuestro país, por estimarla análoga.

La cuestión así planteada, remite directamente al P.M.O. (Anexo I de la Resolución n° 201/2002 [Ministerio de Salud]), que en su acápite 8.3.3. contempla expresamente el supuesto de autos, disponiendo que "... la cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación interna y permanente... El Agente de Salud deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional..." (el subrayado me pertenece).

En ese sentido, ante la medida para mejor proveer decretada por la Cámara, el perito designado –cuya intervención, más allá de la oposición interpuesta, quedó admitida en el proceso con carácter firme– informó que "... no existen prótesis de origen nacional que tengan las características que requiere la intervención quirúrgica de la actora...". Esta conclusión no fue impugnada ni observada en modo alguno por O.S.P.A.C.P., debidamente escuchada a su respecto (v. fs. 187, acáp. II), y fs. 190 /193; nuevamente, el resaltado es mío).

Por ende, la Resolución transcripta basta para responder positivamente al problema específico planteado, desde que ella prevé el aporte del 100% de la prótesis extranjera, en defecto de un equivalente nacional, extremo que –reitero– resultó acreditado a instancias del tribunal superior de la causa.

-VII-

No ignoro que dicho precepto establece también que "... [l]as indicaciones médicas se efectuarán por nombre genérico, sin aceptar sugerencias de marcas, proveedor u especificaciones técnicas que orienten la prescripción encubierta de determinado producto...".

Sin embargo, estimo que, en esta emergencia particular, la interpretación literal de la norma conduciría derechamente a su inoperancia. Es que la aptitud de la solución ortopédica prescrita para el cuadro de la paciente –aunque no viene controvertida y tiene íntima vinculación con el derecho fundamental a la integridad psicofísica– quedaría relegada en función del mero cumplimiento de una fórmula sacramental, sin que O.S.P.A.C.P. se haya ocupado de aclarar de qué modo puede identificarse el producto importado más adecuado, sin referirlo al fabricante, o señalar siquiera las especificaciones técnicas correspondientes.

En cualquier caso, en el contexto del derecho a la salud, cuya consistencia ha quedado vastamente delineada en numerosos precedentes (v. esp. Fallos: Fallos: 302:1284; 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 325:677; 326:4931; 327:2127; 328:1708; 329:1226, 1638, 2552 y 4918; 330:3725 y 4647; 331:453 y 2135; 332:1394; S.C. S. N° 670, L. XLII, *in re* "Sanchez, Elvia Norma c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", del 15 de mayo de 2007; S.C. P. N° 35, L. XLIV, "Pérez de Capiello, Marta c/Instituto de Seguros de Jujuy y Estado Provincial s/queja", del 6 de marzo de 2012 [esp. consid. 15°]; y S.C. G. N° 783, L. XLVI, "Gerard, María Raquel y otro c/I.O.S.P.E.R. s/acción de amparo", del 12 de junio de 2012, por remisión al dictamen de esta Procuración. Ver asimismo, en lo pertinente, los dictámenes emitidos *in re* S.C. A. N° 804, I. XLI, "Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A., de fecha 14 de febrero de 2006; S.C. R. N° 796, L. XLII, "Rago, Juan Ignacio c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud", de fecha 1° de octubre de 2007; y S.C. N. N° 289, L. XLIII, "N. de Z., M.V. c/Famyl S.A. Salud para la Flia. s/reclamo contra actos de particulares" del 16 de abril de 2008), entiendo que las eventuales dudas han de

Procuración General de la Nación

solventarse en favor de la paciente -nunca en su perjuicio-, en tanto la materia que nos ocupa se encuentra gobernada por el principio *pro homine*.

-VIII-

En tales condiciones, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 15 de noviembre de 2012.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE



JUHIANNA N. MARCHISIO
Procuradora Administrativa
Procuración General de la Nación