

Podér Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Causa Nº 247/09 S. M. A. y otros c/ OSDE
Juzgado Nº 1 s/ sumarísimo.
Secretaría Nº 1

Buenos Aires, 15 de marzo de 2010.

VISTO: el recurso de apelación interpuesto a fs. 168/169, con la adhesión de fs. 187, cuyo traslado fue contestado a fs. 184/186, contra la sentencia de fs. 168/169; y

CONSIDERANDO:

1) Que el señor juez rechazó la acción promovida por M. A. S., M. N. V. y P. M. S. contra Organización de Servicios Directos Empresarios OSDE, absolviendo a ésta de la pretensión enderezada a obtener un descuento en la compra de productos alimenticios aptos para celíacos, similar al que se ofrece a todos sus beneficiarios para la adquisición de medicamentos.

Tal decisión motivó el recurso de los actores, quienes señalaron errores en el pronunciamiento, enfatizando que no existe remedio para la enfermedad en cuestión sino un tratamiento, que consiste en observar una dieta libre de gluten. Adujeron no haber solicitado una cobertura de las necesidades alimenticias de la menor sino lo que consideran prestaciones de salud igualitarias, criticando además que se hubiera considerado la situación económica del coactor S. como elemento de juicio.

El traslado de estos agravios fue replicado por la demandada en los términos que surgen de la presentación obrante a fs. 184/186.

2) Que así propuestas las cuestiones a decidir, cabe destacar inicialmente que algunas críticas que los actores dirigen a distintos aspectos del fallo atacado carecen de relevancia a los efectos que aquí corresponde examinar. Así, lo concerniente a la afirmación de que la niña “es celíaca desde el año 2001” no tiene incidencia alguna en la decisión adoptada por el *a quo*, de modo que su acierto o error resulta intrascendente. Por otra parte, lo dicho acerca del reclamo de “cobertura de alimentación libre de gluten” podrá ser visto como una simplificación del objeto litigioso, pero en esencia no se aparta de lo solicitado: la solicitud de “un descuento similar al ofrecido para la adquisición de fármacos, al momento de adquirir los productos alimenticios aptos para celíacos” (fs. 65).

3) Que, como puntualizó el juzgador, las disposiciones que rigen lo relativo a la atención de la salud de las personas por parte de las obras sociales y -en forma similar- las entidades de medicina prepaga no contemplan la cobertura del costo resultante de la adquisición de alimentos, más allá de las características particulares que éstos pudieran presentar y de las necesidades que cada sujeto pueda requerir en casos concretos.

No es posible realizar la asimilación que pretenden los actores entre ciertos alimentos y los fármacos. De acuerdo con el Código Alimentario Argentino, los primeros comprenden a todas las sustancias o mezclas de ellas que, ingeridas por el hombre, aporten a su organismo los materiales y la energía necesarios para el desarrollo de sus procesos biológicos, incluyendo también aquello que se ingiere por hábito, costumbres o como coadyuvantes, tengan o no valor nutritivo. Por su parte, en el ámbito de los fármacos se debe reputar comprendidas las sustancias que enumera el art. 1 de la ley 16.463: drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana.

A juicio del Tribunal, el hecho de que no exista un tratamiento farmacológico para la celiaquía no basta para imponer a la demandada la obligación de solventar una parte del costo de los alimentos que debe ingerir la menor Silva, ante la ausencia de una disposición normativa que así lo establezca.

4) Que si bien lo expuesto precedentemente conduciría a la confirmación de lo decidido por el *a quo*, se debe tener en cuenta que el 2 de diciembre último el Congreso Nacional sancionó la ley 26.588, promulgada de hecho el 29 del mismo mes. El hecho de que la norma contemple su reglamentación y que ello no se haya concretado hasta la fecha no es obstáculo para su aplicación al caso.

En tal sentido, la Corte Suprema ha puesto de relieve en numerosas oportunidades que las sentencias deben atender a la situación existente al momento de dictarse (Fallos: 318:1084; 327:4773; 328:4640 y 329:2949, entre otros); y por otra parte, la circunstancia de que se haya previsto la reglamentación de una norma no significa que sea inútil o totalmente inaplicable

USO OFICIAL

mientras ello no suceda (confr. Bidart Campos, G.J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, 1ª reimpr., t. I, p. 111). De otro modo, en una órbita tan sensible como el derecho a la salud, el efectivo goce de ese derecho, plasmado en el caso en una ley formal, quedaría supeditado a una decisión del Poder Ejecutivo. Ello no es admisible, tanto por la índole del derecho involucrado -relacionado con el derecho a la vida, como lo sostuvo la Corte Suprema, por ejemplo en Fallos: 323:3229- como desde una perspectiva institucional, atendiendo a la división de poderes que inspira a nuestro régimen constitucional.

Desde esta perspectiva, deviene relevante su art. 9, en tanto se relaciona en forma directa con el objeto del litigio, al establecer obligaciones para las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, así como otras entidades cuya finalidad es similar.

Al contemplar la cobertura asistencial a las personas que padecen la enfermedad, se indica que ello “comprende la detección, el diagnóstico, el seguimiento y el tratamiento de la misma, incluyendo las harinas y premezclas libre de gluten, cuya cobertura determinará la autoridad de aplicación” (ver art. 9 *in fine* de la norma).

Como se dijo, a pesar de no contarse aún con la reglamentación mencionada al final de dicho artículo, se prevé allí una prestación específica, que consiste en la cobertura de “las harinas y premezclas” que no contienen gluten, aunque ello no se extiende a otros alimentos que sean aptos para el consumo de quienes padecen la enfermedad.

En función de esta premisa, estima el Tribunal que la pretensión debe admitirse con el alcance indicado, esto es, limitada a la cobertura de los productos mencionados, de conformidad con la legislación vigente. Así, de acuerdo con lo reclamado en el escrito inicial, donde se pidió un descuento similar al ofrecido para los medicamentos, la demandada deberá reintegrar a los actores un porcentaje idéntico al que reconoce para la compra de medicamentos en general -lo que deberá ser determinado en la etapa de ejecución, dada la inexistencia de pruebas al respecto en la causa- en la compra de “harinas y premezclas libre de gluten”.

En mérito a lo expuesto, **SE RESUELVE:** revocar la sentencia apelada, admitiéndose la acción deducida con el alcance que surge del considerando precedente.

Teniendo en cuenta las particularidades del caso y la incidencia que ha tenido en su resolución una ley dictada con posterioridad tanto al dictado del fallo de fs. 168/169 como al planteo del recurso, las costas de ambas instancias deberán ser soportadas en el orden causado, dejándose sin efecto las regulaciones practicadas por el *a quo* (arts. 68, 69 y 270 del Código Procesal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Víctor Guarinoni - Alfredo Silverio Gusman - Santiago B. Kiernan.