



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

La Plata, 16 de marzo de 2021.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 939/2021/CA1, caratulado: “O., M. C. Y OTRO c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Lomas de Zamora”.-

Y CONSIDERANDO QUE:

EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la letrada apoderada de la demandada ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS (OSDE) contra la resolución del juez de primera instancia que otorgó la medida cautelar peticionada y en consecuencia, le ordenó autorizar en forma inmediata y con cobertura integral del 100% el tratamiento de Acetato de Triptorelina 11,25MG, una ampolla cada 84 días (12 semanas) en forma prolongada e ininterrumpida durante el lapso que prescriba su médico tratante, que requiere la menor M. J. O. (DNI 57.025.960–Afiliada N° 61230329105 plan 2 410), en base a la afección que padece, y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo. Todo ello bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar las sanciones previstas por el art.239 del Código Penal.

II. La acción de amparo fue interpuesta con el objeto de obtener por parte de la Obra Social demandada la cobertura del tratamiento integral que la hija menor de edad de los accionantes requiere por su padecimiento de pubertad precoz.

Los amparistas relatan que la niña fue diagnosticada con dicho padecimiento e indicado el tratamiento referido en enero del año 2019, cuando el grupo familiar se encontraba afiliado a Swiss Medical, y aquella empresa brindó cobertura integral por lo que su hija comenzó el tratamiento sin inconvenientes.

Sin embargo, posteriormente, a raíz de un cambio en la situación laboral del padre de la paciente, el grupo se afilió a OSDE desde el 4 de enero de 2021. Manifestaron que luego de un control de rutina realizado el 15 de enero de 2021, la médica tratante de la niña prescribió continuar con el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

mismo tratamiento, pero la accionada informó que solo brindaría una cobertura del 40 %.

Señalan que dicha cobertura limitada, ante su situación económica familiar, les hace imposible solventar el costo de cada una de las ampollas que es de aproximadamente \$80.000. En tal contexto, la niña es colocada en una situación de desamparo por parte de la demandada, ya que la no continuación del tratamiento puede acarrear consecuencias negativas no solo por los efectos físicos sino también por los psicosociales, que afectarían su normal desarrollo en consonancia con su edad.

Por tal motivo, los amparistas procedieron a intimar a la accionada mediante carta documento con el fin de exigir las prestaciones que su hija necesita, pero éstas fueron rechazadas, no quedándoles más opción que promover la presente acción.

III. El juez de grado al analizar los recaudos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar, consideró que de los hechos narrados y la documentación acompañada surgía con claridad la necesidad de que la niña recibiera el tratamiento, caso contrario podría causarse un daño irreparable en su salud, por lo que resolvió su concesión.

IV. Contra dicho pronunciamiento se levanta la demandada e interpone recurso de apelación. Se agravia de lo resuelto por el *a quo*, sosteniendo en primer lugar que la medida decretada coincide con la pretensión de fondo, por lo que se está adelantando una sentencia de mérito.

Critica la falta de cumplimiento de los recaudos necesarios para la concesión de la medida. En tal sentido, arguyó que el requisito de verosimilitud en el derecho no se halla acreditado en tanto la conducta de su mandante se ajusta a la normativa vigente, a diferencia de la pretensión de los accionantes que exigen la cobertura de un medicamento que no se encuentra contemplado en el Plan Médico Obligatorio.

Explica que la última actualización del PMO, ocurrida el 19 de noviembre de 2019 (por medio de la Resolución N° 3159/2019), incorporó el Acetato de Triptorelina con cobertura al 100%, pero limitándolo solo para pacientes que ya se encontraran bajo tratamientos hormonales cuya finalidad





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

fuera cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, para adecuación de la imagen al género auto percibido.

Respecto al peligro en la demora, señala que tampoco se encuentra acreditado y califica la resolución recurrida de arbitraria y contraria a la normativa vigente.

V. El *sub examine* exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud del padre accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. De Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros).

VI. Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. “Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 30/09/03).

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

VII. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos.

El derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - “R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo”). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

De igual manera, ha merecido particular atención por parte del constituyente de 1994 ya que el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna estableció el deber de legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Al respecto, en el caso de autos debemos atender a los derechos de una niña menor de edad. Por tal razón, deviene aplicable la Convención sobre Derechos del Niño, de máxima jerarquía constitucional, convertida en ley 23.849.

En ella se reconoce a todos los niños el derecho intrínseco a la vida y, en la máxima medida posible, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6), al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación (art. 24); a los niños impedidos mental o físicamente, a disfrutar de una vida plena y decente, y a recibir cuidados especiales (art. 23). A su turno, establece el compromiso de los Estados Partes de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3), resaltando que para dar efectividad a los derechos reconocidos, se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan (art. 4).

VIII. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

En el presente caso, tratándose de una empresa de medicina prepaga, ella tiene los mismos deberes, como mínimo, que las obras sociales (Conf. art. 1° de la Ley N° 24.754; CSJN U. N°30, L.XLII – “Unión de Usuarios y consumidores c/Compañía Euromédica de Salud SA s/Amparo”, fallo del 8 de abril de 2008).

IX. En el caso, resulta acreditado por la documentación acompañada que la amparista, de 8 años de edad, se encuentra afiliada a la empresa de medicina prepaga demandada bajo el número 61230329105 y que padece de Pubertad Precoz Central.

Según lo informado por su médica tratante, Dra. Graciela C. Kusnier, Médica Pediatra Endocrinóloga, con fecha 15 de enero de 2021, dicha patología implica un efecto deletéreo en la talla adulta, la esfera psicosocial y el riesgo de la exposición de los tejidos a altos niveles de estrógenos precozmente.

Por tal motivo, la galena interviniente solicitó que en forma urgente se realice el tratamiento que constituye el objeto de la pretensión en estos actuados. Explicando que el mismo debe ser llevado adelante “en forma prolongada e ininterrumpida como mínimo durante tres años hasta una edad que sea adecuado que la niña reinicie su pubertad”.

La misma profesional de la salud, destacó la buena recepción al tratamiento en los siguientes términos: “Dada la excelente respuesta clínica al tratamiento instituido, se indica continuar con el mismo con igual esquema durante tres años” .

X. Resulta necesario tener presente lo manifestado por la Defensora Pública Oficial en autos, quien considera que la verosimilitud en el derecho está configurada con el acreditado cuadro de salud que padece la menor, y el peligro en la demora se basa en lo manifestado por su médica que puntualizó cuáles son las consecuencias de la enfermedad y prescribió la realización del tratamiento en forma urgente.

Agrega que la parte demandada no hace una correcta interpretación de la Resolución 3159/2019 del Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Señala que dicha resolución incorpora al PMO a la TRIPTORELINA 11, 25 mg, con cobertura en el 100%, como parte del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

tratamiento integral hormonal a efectos de garantizar no sólo la diversidad sexual sino también la corporal, entendiendo el derecho a la salud también en acceso efectivo al proceso de constitución corporal y libre desarrollo personal.

Destaca particularmente, que en sus considerandos se señala que las prestaciones no constituyen un procedimiento estético sino que se enmarcan en el acceso efectivo al derecho a la salud.

Concluye que una interpretación restrictiva de la norma conllevaría actos de discriminación hacia la niña.

XI. Por otro lado, corresponde señalar, respecto a la determinación de la responsabilidad por el Plan Médico Obligatorio, que una interpretación global de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos, permite razonablemente concluir que dicho plan fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga. No puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales, el descubrimiento de nuevas patologías, y los concretos padecimientos que puedan indicar una u otra prácticas según el cuadro de cada paciente.

En el caso, el apego estricto al mentado programa colisionaría con el derecho a la salud y a gozar de una real y concreta asistencia médica y terapéutica. Esta opinión halla su sustento en la pluralidad de normas de carácter constitucional que resultan prevalentes frente a la resolución ministerial que establece el piso mínimo de prestaciones obligatorias para los agentes de salud, que de ninguna forma puede considerarse taxativo.

Resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a los límites establecidos por sus normativas específicas.

En efecto, el Alto Tribunal en el caso: “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo” (R.638.XL, fallo del 16/05/06 - Fallos 329:1638) dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

De esta forma cabe interpretar la protección del derecho a la salud, por cuanto su rango constitucional resulta superior a toda normativa legal que se le oponga.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, cabe precisar que mediante la Resolución N° 3159/2019 el Ministerio de Salud y Desarrollo Social dispuso en los arts. 1° y 2° de esa norma que, si bien para casos distintos al que se debate en esta causa, la medicación Triptorelina sea incorporada al P.M.O con cobertura del 100% (conf. esta Sala en autos “FERNANDEZ, EMANUEL FEDERICO Y OTRO c/ OSDE s/AMPARO LEY 16.986” expte. N° 25359/2020, del 23 de febrero de 2021).

X. Todo ello permite concluir que los recaudos de verosimilitud del derecho como de peligro en la demora se encuentran suficientemente acreditadas.

En virtud de ello, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de esta instancia, los elementos arrimados al promover la acción -analizados al solo efecto cautelar y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto- satisfacen los requisitos para el otorgamiento de la medida peticionada, no siendo un obstáculo para ello su identificación con el fondo de la cuestión debatida, frente a la naturaleza de los derechos involucrados y la urgencia de su protección.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez *a quo*.

Así lo voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Adhiero a la solución propuesta por el juez Lemos Arias.

Por ello, en orden al Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución apelada.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

Regístrese, notifíquese, devuélvanse las actuaciones de manera electrónica y comuníquese por DEO al juzgado interviniente.

Fecha de firma: 16/03/2021

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTÍN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA



#35282262#283022731#20210315154615649