

San Carlos de Bariloche, 17 de septiembre de 2015.-

--- VISTOS: Los autos caratulados “FERRERO, Jorgelina L. C/ OSDE BINARIO S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 26505/15; y

---CONSIDERANDO:

--- 1) Que a fs. 11/14 se presenta la Sra JORGELINA LAURA FERRERO, en representación de su hija menor LUCIA QUESADA, con patrocinio letrado, interponiendo acción de amparo a fin que se condene a OSDE BINARIO a cubrir íntegramente la provisión y cobertura de la leche identificada como NUTRILON PEPTI Junior HE o en su defecto la entrega inmediata de la misma, en la cantidad de 4kg mensuales, ya que por sus cualidades no puede ser reemplazada por otra. Acredita que su hija Lucia es afiliada de OSDE BINARIO y que conforme los certificados médicos acompañados, la menor padece alergia a la proteína de la leche de vaca y por tal motivo, conforme prescripción médica, ha sido recetado el consumo de dicho alimento el cual posee una fórmula infantil completa a nivel de nutrientes, indicada especialmente para lactantes con intolerancia a la proteína de la leche de vaca.

--- Que el consumo mensual promedio de 4 kilos mensuales (conforme prescripción médica) hace un elevado costo que supera los \$ 4800 mensuales. Que la leche que le fuera recetada por sus medicos tratantes Schnaiderman, Ruiz Pugliese y Reyes; no es cubierta por la empresa de Medicina Prepaga OSDE BINARIO.-

-- Sostiene finalmente que la negativa de la demandada determina una conducta arbitraria pues la leche solicitada estaba indicada por prescripción médica. Por ello que además de ser arbitraria la postura asumida por la demandada, le ocasiona un grave perjuicio contra los derechos que le asisten a su hijo menor.-

--- 2.- Al evacuar el informe requerido por el art. 43 de la Constitución Provincial, OSDE BINARIO efectúa cuestionamientos contra la procedencia de la acción fundamentado en la normativa contractual que une a las partes. Que conforme surge de su registro informático, hasta el año de edad del niño le brindaba la cobertura de leche, conforme lo señala el PMO. Que habiendo sido formulada por los padres del niño una ampliación en la cobertura, la misma fue denegada por parte de la Auditoría Médica de la demandada pues alega que la leche solicitada no se trata de un medicamento, menos aún de un tratamiento de rehabilitación y por lo tanto no se encuentra, en base a la normativa vigente, obligada a cubrir éste tipo de prestación.

--- Reitera entonces su postura pues alega que se pretende poner en cabeza de la demandada la cobertura de una prestación expresamente excluida en el Programa

Médico Obligatorio (PMO) de las obligaciones de dicha prepaga.

--- 3.- En virtud de lo dispuesto por el Tribunal a fs. 51, el Cuerpo Médico Forense se expidió sobre la prueba ofrecida por las partes a fs. 14 y 49 punto 2) conforme sus conclusiones de fs. 52/55. Dicho dictámen fue impugnado por la demandada a fs. 62/63, quedando estos autos en estado de recibir la presente resolución.-

--- DECISION:

--- A.- Tal como han quedado planteadas las cuestiones en autos, cabe analizar si la posición asumida por OSDE BINARIO es legítima y justificada y si ha respondido en debida forma a las obligaciones que le caben de conformidad a la normativa vigente.

--- Toda vez que la decisión de este Tribunal debe adecuarse al criterio ya establecido en la materia por el Superior Tribunal de Justicia, corresponde también reiterar lo expuesto por el mismo en autos "Huusman, Diana s/Amparo s/Apelación\\" (Expte. N° 20369/05-STJ-Se. N° 43/06) y en autos \\"Cigliutti, Susana Mabel s/Amparo s/Apelación\\" (Expte. n° 21342/06-STJ-Se. N° 87/06). Allí se sostuvo que el instituto excepcional y urgente del art. 43 de la C.P., más aún en relación a una situación tan particular en que están comprometidos los derechos a la salud, viene mereciendo un criterio amplio de interpretación y aplicación del S.T.J., pero siempre en orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso (cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, LL.18-05-01, N° 102.015; STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ Se. N° 151 del 4-12-01, "GARRIDO, Antonio s/Mandamus", Expte. N° 16204/01-STJ-).

--- A los efectos de la dilucidación de las cuestiones debatidas en autos ya el Superior Tribunal de Justicia ha abordada la cuestión en autos "Arvigo Carolina y otro s/amparo s/apelación" (Expte. N° 25172/11-STJ-), con fecha 27.06.11, reiterado en sucesivos fallos. En dicho antecedente jurisprudencial se ha dicho que: "... se debe tener en cuenta la clara letra de la ley 24754 que determina que las Empresas o entidades que presten servicios de Medicina Prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las Obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones".

--- También en las actuaciones "MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN", Se. 133/08, nuestro Superior Tribunal ha

dicho que: “el art. 59 de la Constitución Provincial establece: La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socio ambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica”.

--- Se ha sostenido en antecedentes de la Cámara del Trabajo (hoy Cámara Primera) que: "La calificación de “dignidad” ha completado el derecho humano. Entre los conceptos de persona y de derechos humanos existe una relación tan íntima que no se puede definir el uno sin el otro. Para la concepción jurista tradicional, de carácter mecanicista, ambos conceptos serían separables, como un envase de su contenido. Por un lado el individuo, como titular de derechos y por el otro, estos últimos como facultades de aquél. Para la teoría de los derechos humanos el concepto de persona lleva implícito el de sus derechos, y estos no son meras propiedades adicionadas a la persona, sino que constituyen su propia definición. Cuan amplia sea la definición de persona que adoptemos, igualmente amplia será la gama de derechos que le reconozcamos (cf. Russo, Eduardo A., “Derechos Humanos y Garantías” Ed. Eudeba, 1999, p. 49) Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la CSJN en tanto “lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc. 22CN) reafirma el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida. Y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales. Las obras sociales o las entidades de la medicina pre-paga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08)”.

--- Se entiende entonces que la hija menor de la actora debe ser considerada incluida entre las personas de ésta específica protección, desde el momento que se encuentra en

juego su prosecución de vida en idénticas condiciones que otros menores.

--- A la luz de lo expuesto, y en base a la normativa enunciada, la obra social accionada no puede "como principio" desatender las necesidades de su afiliado, pues la leche recomendada le es imprescindible para el crecimiento y desarrollo normal de la menor Lucia. Una interpretación contraria a lo expuesto significaría poner en serio riesgo la calidad de vida del menor en flagrante violación con los derechos amparado por nuestra Carta Magna. Ello además acreditado con las conclusiones del dictámen del Cuerpo Médico Forense que a fs. 55 sostuvo que "se concluye que el alimento medicamentoso indicado por sus médicos de cabecera resulta indispensable en la dieta de la niña, teniendo en cuenta que la respuesta clínica por parte de la menor fue y sigue siendo favorable y que los síntomas que presentó como secundarios a la alergia de la proteína a la leche de vaca fueron de importancia. Se considera prudente y beneficioso para el paciente continuar con el suministro de la leche medicamentosa prescrita por su médico gastroenterólogo y avalada por su médico clínico/pediatra"; conclusiones que no han sido refutadas con específicos fundamentos técnicos por la accionada con su presentación de fs. 62/63.-

--- A similar conclusión ha arribado nuestro Superior Tribunal de Justicia en los autos "TELLEZ, PEDRO GUSTAVO C/ I.PRO.S.S.-AMPARO (E-S) S/INCIDENTE ART. 250 CPCC S/APELACION" (Expte. N° 26209/12-STJ-), cuyas conclusiones reproducimos como de aplicación exacta al caso de autos. Allí el cimerio Tribunal sostuvo que: "... la Sra. Procuradora General dictamina que ... debe ratificarse el criterio del Juez de amparo, ponderando por sobre cualquier otro interés, el derecho a la salud/vida y el plus de protección que merece esta franja de la población más vulnerable, tal el caso de los niños y niñas, reconocido a través de garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y distintos antecedentes jurisprudenciales, en base a la Doctrina de la Corte Suprema, que exige la tutela como obligación activa, en pos de garantizar la efectividad y la no interrupción del suministro de prestaciones a la salud en materia de solidaridad y asistencia a las personas... En lo atinente a la no inclusión en el PMO, remite al contenido del fallo, el que acuerda con el criterio expuesto por la Procuración General en reiteradas oportunidades, (PG Dictamen N° 210/08 de fecha 26/11/08, en concordancia STJRNCO Se. N° 133/08)".

--- "... Como bien señala la Procuración General, el representante del Estado ha soslayado que el sistema de salud integral que la Carta Provincial establece en su art. 59, tiene como norte el completo bienestar psicofísico de los rionegrinos, basado

principalmente en la universalidad de la cobertura que expresamente establece que: "La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad". En este marco, el medicamento calidad que reviste la leche especial recetada por el médico pediatra tratante- se enmarca en las prescripciones de esta garantía constitucional, es decir, como un bien social sumado a que se trata de un medicamento asociado a la alimentación de una menor en período de lactancia. De ello, es dable colegir que es el único modo de alimentación que permite a la niña superar su discapacidad alimenticia y lograr su crecimiento y desarrollo".

--- "La actualidad del daño y su gravedad, con la consiguiente urgencia de su reparación por esta vía, se desprende de la misma naturaleza del bien afectado (salud/vida de un infante); de modo que argumentar- en el caso- el valladar de la existencia de otra vía hábil (agotando el reclamo administrativamente) hasta se presenta carente del más común sentido. La prioridad del caso quedó plasmada liminarmente, con certeza absoluta en autos, siendo el presente recurso un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional".

--- "... Compartimos el orden de ideas señalado a fs. 51 párrafo segundo por la Señora Procuradora General en cuanto señala que "..., el medicamento...y desarrollo". En efecto, resulta una cuestión de público y notorio que no necesita hoy del apoyo de la ciencia médica para su aceptación, que la energía vital que los niños de corta edad necesitan a diario para crecer y desarrollarse adecuadamente la obtienen principalmente de la leche. También debe ponderarse que existe consenso científico en cuanto a que "adecuada alimentación durante los dos primeros años de vida resulta fundamental para el óptimo crecimiento y desarrollo del niño. A su vez, las pautas alimentarias aprendidas durante estos años sientan las bases para la constitución de los hábitos alimentarios más tarde en la vida del individuo. Dado el rápido crecimiento de los niños, que condiciona elevados requerimientos nutricionales, sumado a una capacidad de ingesta limitada en volumen, esta etapa presenta en sí misma una alta vulnerabilidad nutricional." ("La alimentación de los niños menores de 2 años - Resultados de la Encuesta Nacional de Nutrición y Salud – ENNyS 2010", Ministerio de Salud de la Nación, [www.msal.gov.ar/promin/publicaciones/pdf/la\\_alimentacion\\_de\\_los\\_ninos\\_menores\\_de\\_2\\_anos.pdf](http://www.msal.gov.ar/promin/publicaciones/pdf/la_alimentacion_de_los_ninos_menores_de_2_anos.pdf))" (conforme in re: "TELLEZ, PEDRO GUSTAVO C/ I.PRO.S.S.- AMPARO (E-S) S/INCIDENTE ART. 250 CPCC S/APELACION" Expte. N°

26209/12 -STJ- PROTOCOLIZACIÓN: T° III SE. N° 181 F° 1083/1090 SEC. N° 4).-

--- B) Conforme todo lo expuesto corresponde condenar a OSDE BINARIO a OTORGAR LA COBERTURA INTEGRAL DE 10 LATAS MENSUALES DE 400 GRAMOS de la leche denominada "Nutriloin Pepti Junior HE" a la menor Lucia Quesada hasta que la misma haya alcanzado los 24 meses de edad o conforme requiera su dolencia en base a prescripción médica .

--- Por todo lo expuesto, la Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

--- I) HACER LUGAR a la acción de amparo y en consecuencia condenar a OSDE BINARIO a OTORGAR LA COBERTURA INTEGRAL DE 10 LATAS MENSUALES DE 400 GRAMOS de la leche denominada "Nutriloin Pepti Junior HE" a la menor Lucia Quesada hasta que la misma haya alcanzado los 24 meses de edad o conforme requiera su dolencia en base a prescripción médica .Con costas a su cargo (art. 68 del CPCC).

--- II) Regular los honorarios del Dr. Ramiro Rodriguez patrocinante de la actora, en la suma de \$ 9.600 (Pesos Nueve mil seiscientos) (15 jus) y al Dr. Pablo Gonzalez, apoderado de la demandada, en la suma de \$ 4.480 (Pesos Cuatro mil cuatrocientos ochenta) (7 jus), conforme arts. 6, 9 y ccs. de la L.A.).-

--- III) DISPONER la notificación a las partes por Secretaría, registro y protocolización de la presente.-

JADM

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS D. RINALDIS

Presidente Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario de Cámara