

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única

Tomo:

Resolución:

Folio:

María Luján Perez Pysny, Secretario

San Carlos de Bariloche, 7 de octubre de 2014.

VISTOS: Los autos "FERRARI, DIEGO PABLO C/ O.S.D.E. (Organización de Servicios Directos Empresariales) S/ AMPARO (e-s) (S-06)" (expte. 13539-14).

Y CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 36/45 Diego Pablo Ferrari, interpuso acción de amparo contra OSDE (Organización de Servicios Directos Empresariales), para que dicha empresa de medicina prepaga le reconozca la cobertura del 70% del medicamento "deferasirox", en razón de tratarse de un medicamento de uso habitual destinado al tratamiento de una patología crónica prevalente.

Refiere que padece de hemocromatosis hereditaria, lo que afecta el metabolismo del hierro, provocando una acumulación excesiva de dicho metal, lesionando distintos órganos del cuerpo, especialmente el hígado.; que dicha enfermedad se agrava por tener talasemia minor; que como consecuencia de ello, padece diabetes bronceada y cirrosis no alcohólica con riesgo de transplante de hígado; que en el mes de enero el médico tratante le prescribió un medicamento llamado "exjade" siendo la droga genérica el deferasirox; que tal medicamento cumple la función de eliminar el exceso de hierro en sangre; que atento el carácter crónico de las enfermedades que padece, debe tomar dicha droga de por vida en razón de dos cajas mensuales y que cada caja tiene un precio de venta al público de \$11.625,29.-; que conforme resultados de análisis realizados es esperable que se normalice la acumulación de hierro a niveles aceptables, lo cual mejorará la insuficiencia hepática y revertirá el riesgo de transplante.

Manifiesta que la prepaga le reconoce y ha asumido el cuarenta por ciento (40%) del valor del medicamento, pero que de acuerdo a las resoluciones 201/2002, 310/2004 y sus modificatorias, los medicamentos de uso habitual destinados a patologías crónicas prevalentes deben estar cubiertas por la cobertura de salud a una setenta por ciento (70%).

Que en virtud de ello, procuró obtener el reconocimiento de dicha cobertura por parte de la empresa de medicina prepaga, quien rechazó la petición argumentando que no se enmarcaba dentro de los parámetros médicos estipulados por la Res. 310/04 MS y sus modificaciones para otorgar la cobertura de dicha medicación al 70%, por lo que considera que la conclusión de la empresa de medicina prepaga es arbitraria y viola lo normado por el Ministerio de Salud.

Acompaña documental a fin de acreditar sus dichos.

2º) Que se dio trámite al amparo requiriendo el informe de rigor (artículo 43 CNR) a fs. 46, el que fue contestado por la empresa de medicina prepaga a fs. 54/94 y a cuyos argumentos me remito en razón de brevedad.

3º) Que el art. 43 de la Constitución Nacional establece que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley."

Que de tal normativa se desprende que uno de los requisitos para la procedencia de la acción de amparo es que el acto lesivo contra el cual se deduzca el amparo revista de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

4º) Que el artículo 59 de la Constitución Provincial consagra el derecho a la salud al disponer 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... Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademecum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes".

5º) Que, además, debe tenerse en cuenta que: "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 para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas..." (Fallos 310:576; 311:612; 314:1686; 317:1128; 323:1825, entre muchos otros); y que "Es requisito indispensable la violación normativa notoria y fácilmente constatable del derecho invocado y la inexistencia de otras vías hábiles para resolver el conflicto". (STJRN, 27/10/1999, SE 41/1999).

6°) Que aún de considerarse que la enfermedad que padece el amparista se tratara de una enfermedad crónica prevalente -cuestión controvertida entre las partes-, no se evidencia la existencia de un acto manifiestamente ilegítimo o arbitrario de parte de OSDE que reconoce la cobertura del 40% del medicamento prescripto al amparista “deferasirox”.

7°) Cabe señalar que dentro del marco de la ley 24.754, las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a brindar como mínimo, las mismas prestaciones que resultan obligatorias para las obras sociales. Esto comprende las prestaciones que con carácter obligatorio, establezca y actualice la autoridad de aplicación (cf. artículo 28 ley 23.661).

Que al respecto, el artículo 2° de la Resolución 310/04 -modificatoria de la Resolución 201/2002, mediante la cual se aprobó el programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los agentes de seguro, asegura la cobertura de: ”... un 70% a su cargo para los medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes, que requieren de modo permanente o recurrente del empleo de fármacos para su tratamiento, conforme el precio de referencia (monto fijo) que se publica en el anexo IV y para las formas farmacéuticas, concentraciones y presentaciones de cada medicamento, que allí se individualizan”.-

Que de ello surge que la autoridad de aplicación, ha efectuado un listado taxativo de los medicamentos para enfermedades crónicas prevalentes los que individualiza en el anexo IV de la Res. 310/04.

Que entonces, toda vez que la medicación prescripta por el médico tratante “deferasirox” cuyo nombre de fantasía es “Exjade” no se encuentra incluida en el anexo mencionado, y por ende, dentro del Programa Médico Obligatorio de Emergencia, la empresa de medicina prepaga no está obligada a brindar la cobertura pretendida.

No puede imponerse a la empresa de medicina prepaga una cobertura mayor a la que está obligada por la ley, pues tal solución podría afectar además el sistema de cobertura al resto de los afiliados.

En este sentido se ha dicho: "Existe otro centro de interés que debe ser tutelado: el de los demás participantes del sistema de medicina prepaga, quienes verían afectada su posición si la empresa debiera pagar prestaciones no pactadas. Imponer obligaciones de este tipo afectaría la causa sistemática -es decir, el equilibrio económico que sustenta el sistema - fundada en la relación entre el aporte de muchas personas sanas frente al

cálculo de probabilidades de que sólo algunas se enferman a un costo que puede diferirse razonablemente. La índole del sistema es la de un seguro, con una delimitación del riesgo que debe ser respetada, porque de lo contrario desaparecería totalmente". (Lorenzetti, Ricardo Luis: "Consumidores", pág. 432/433, Rubinzal - Culzoni Editores).

8°) Que, por otra parte, incrementar el porcentaje de cobertura o incluir medicamentos no contemplados en la Resolución del Ministerio de Salud Nro. 301/99, son tareas que no pueden ser sustituidas por la voluntad del juzgador a través de una decisión jurisdiccional, no sin desnaturalizar la división de poderes. Hay criterios jurisprudenciales a seguir en cuanto a los requisitos y demás condiciones para la viabilización del amparo y en particular sobre la preservación institucional y jurisdiccional de la división de poderes.-

A este respecto se ha pronunciado el Superior Tribunal de Justicia: "Admitir que por una vía amplia de amparo se encausen potestades vinculadas con las prestaciones esenciales y genéricas del Estado, significaría virtualmente la traslación del Gobierno al Poder Judicial con un resultado ciertamente no querido por la Constitución, dado que no es posible pedir a los Jueces que ejerzan el gobierno, o que se transformen en gendarmes de las políticas globales del Estado". (Del voto del Dr. Apcrián sin disidencia) STJRNCO: SE. <121/13> "V., H. Y F. P. C/ MUNICIPALIDAD DE SAN CARLOS DE BARILOCHE S/ AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° 26685/13 -STJ-), (23-10-13). APCARIAN – ZARATIEGUI – BAROTTO –MANSILLA (en abstención) – RODRIGUEZ (Subrogante)(en abstención). fallo: STJRNS4 Se.121/13 "VAUTIER).

9°) Que en mérito de lo anterior, corresponde rechazar la acción incoada.

10°) Que se deberán imponer las costas por su orden, teniendo en cuenta las especiales particularidades del caso, y que el amparista pudo creerse con derecho a petitionar como lo hizo (arts. 68 y 69 CPCC).

Que, en consecuencia: RESUELVO: I) Rechazar la presente acción de amparo interpuesta. II) Imponer las costas por su orden. III) Protocolizar, registrar y notificar lo resuelto.-

Cristian Tau Anzoátegui

juez