113 Documento de Investigación
Junio de 2020

La evolución de la jurisprudencia en materia de salud en Argentina

Silvina Andrea Bracamonte y
José Luis Cassinerio



SOUTH CENTRE

DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN

113

LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SALUD EN ARGENTINA

Silvina Andrea Bracamonte[1] y José Luis Cassinerio[2]

SOUTH CENTRE

JUNIO DE 2020

1 Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N.° 1 (Argentina).
2 Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal N.° 4 (Argentina).

SOUTH CENTRE

En agosto de 1995, se estableció South Centre como organización intergubernamental permanente. Está compuesto por Estados miembros de países en desarrollo y es responsable ante ellos. Lleva a cabo investigaciones orientadas a la formulación de políticas sobre cuestiones fundamentales de políticas de desarrollo y apoya a los países en desarrollo para participar eficazmente en los procesos de negociación internacional que son pertinentes para el logro de los objetivos de desarrollo sostenible (SDGs). El Centro también presta asistencia técnica y fomenta la creación de capacidades en las esferas abarcadas por su programa de trabajo. Partiendo de la premisa de que el logro de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular la erradicación de la pobreza, requiere políticas nacionales y un régimen internacional que apoye y no socave los esfuerzos de desarrollo, el Centro promueve la unidad del Sur, reconociendo al mismo tiempo la diversidad de los intereses y prioridades nacionales.

ADVERTENCIA

Se autoriza la citación o reproducción del contenido del presente documento de investigación para uso personal siempre que se indique claramente la fuente y se envíe al South Centre una copia de la publicación en la que aparezca dicha cita o reproducción.

Las opiniones expresadas en el presente documento son las de su autor/a o autores/as y no representan la opinión del South Centre o de sus Estados miembros. Cualquier error u omisión en este documento es responsabilidad exclusiva de su autor/a o autores/as.

Toda observación relativa al presente documento o a su contenido será muy apreciada. Datos de contacto:

South Centre
Ch. du Champ d'Anier 17
POB 228, 1211 Ginebra 19
Suiza
Tel. (41) 022 791 80 50
south@southcentre.int
www.southcentre.int

Siga la cuenta del Centro del Sur en Twitter:South_Centre 

RESUMEN

El derecho humano a la salud es una construcción social que se redefine constantemente, cuya característica de progresividad determina que los Estados deban establecer políticas públicas con el objeto de lograr mayor eficiencia, en la medida de los recursos disponibles, para su satisfacción respecto de toda la población. Por distintas razones sociales, económicas y de avance en el conocimiento, transitamos en las últimas décadas el fenómeno de la judicialización de la salud, que provoca que el Poder Judicial es quien finalmente establece ciertas reglas en las decisiones sanitarias, a través de la resolución de conflictos donde solo se reivindica la protección individual de ese derecho, sin debate acerca de la equidad y eficacia del sistema. Este hecho hace necesario que los pronunciamientos de los tribunales deban adaptarse, incluyendo en su análisis, además de la aplicación de las leyes que amparan este derecho al caso en particular, los factores sociales y económicos concomitantes, y un examen más estricto respecto de la evidencia científica de los tratamientos reclamados. La evolución de los casos de salud se ve reflejada en la jurisprudencia actual que, dentro de las funciones que competen a los jueces, además de amparar el derecho individual vulnerado, muestra una tendencia orientada a ponderar también el interés público asociado especialmente en estos casos. El propósito del presente trabajo es identificar, analizar y sistematizar la transformación de los casos judiciales de salud y los cambios que se producen en la jurisprudencia en Argentina como consecuencia de la nueva realidad en materia sanitaria que la conduce.

Human right to health is a social construction that is constantly redefined. Its progressive feature institutes that States should establish public policies in order to achieve greater efficiency, within the available resources, to satisfy the needs of all the population. Due to social and economic reasons as well as advances in knowledge, health has been judicialiced, causing the Judicial branch to eventually establish certain rules in health decisions, through the resolution of conflict in which only the individual protection of that right is claimed. In this respect, there is no debate about the equity of effectiveness of the system. This means that courts' rulings ought to be adapted, including not only their analysis, but also the enforcement of those laws that protect this right to each particular case, the concomitant social and economic factors, and even the thorough assessment of scientific evidence of the claimed treatments. The evolution of health cases is reflected in current jurisprudence which within the function that corresponds to judges, in addition to protecting the violated individual law, also shows a tendency to ponder the public interest often associated with these cases. The aim of this paper is to identify, analyze and systematize the transformation of judicial health cases and the changes being produced in Argentine jurisprudence, as a consequence of the new health reality.

Le droit humain à la santé est une construction sociale constamment redéfinie. Son caractère progressif impose aux États de mettre en place des politiques publiques afin d'atteindre une plus grande efficacité, pour satisfaire les besoins de toute la population, dans la limite des ressources disponibles. Pour des raisons sociales et économiques ainsi que pour les progrès des connaissances, la santé a été judiciarisée, ce qui a amené le pouvoir judiciaire à établir éventuellement certaines règles dans les décisions en matière de santé, par la résolution de conflits dans lesquels seule la protection individuelle de ce droit est revendiquée. À cet égard, il n'y a pas de débat sur l'équité de l'efficacité du système. Cela signifie que les décisions des tribunaux doivent être adaptées, y compris non seulement leur analyse, mais aussi l'application des lois qui protègent ce droit à chaque cas particulier, les facteurs sociaux et économiques concomitants, et même l'évaluation approfondie des preuves scientifiques des

traitements revendiqués. L'évolution des affaires de santé se reflète dans la jurisprudence actuelle qui, dans le cadre de la fonction qui correspond aux juges, outre la protection du droit individuel violé, montre également une tendance à réfléchir à l'intérêt public souvent associé à ces affaires. L'objectif de ce document est d'identifier, d'analyser et de systématiser la transformation des affaires sanitaires judiciaires et les changements qui se produisent dans la jurisprudence argentine, comme conséquence de la nouvelle réalité sanitaire.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN ..... *iv*

ABREVIATURAS ..... *vii*

INTRODUCCIÓN 1

ETAPAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN ARGENTINA 4

Primera etapa 4

Segunda etapa 4

Tercera etapa 5

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN LOS CASOS PARTICULARES DE SALUD 7

Enfermedades poco Frecuentes. Alto Costo/Baja Incidencia. Medicación de Uso Compasivo. Fuera de Prospecto/Otros usos 7

Tratamiento experimental 13

Tratamientos Oncológicos 16

Fertilización asistida 20

Internación geriátrica 24

Hormona de crecimiento 27

Discapacidad – Músicoterapia, hidroterapia y equinoterapia 29

Discapacidad – Transporte especial 31

Discapacidad – Escolaridad Común 34

Prótesis – Órtesis 37

Prestaciones varias – Responsabilidad a cargo del Estado Nacional 39

CONCLUSIÓN 44

ABREVIATURAS

AGNET	Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de la Salud
ANMAT	Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica
APE	Administración de Programas Especiales
BO	Boletín Oficial
CET	Centro Educativo Terapéutico
CMF	Cuerpo Médico Forense
CNCiv	Cámara Nacional en lo Civil
CNFed. Civ. y Com.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DGP	Diagnóstico Genético Preimplantacional
EPF	Enfermedades Poco Frecuentes
INCUCAI	Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante
INSSJyP	Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados
IOMA	Instituto de Obra Médico Asistencial
LL	La Ley (editorial)
OMS	Organización Mundial de la Salud
PMO	Programa Médico Obligatorio
PMOE	Programa Médico Obligatorio de Emergencia
SSS	Superintendencia de Servicios de Salud
SUR	Sistema Único de Reintegros
TRHA/AC	Tratamientos de Reproducción Médicamente Asistida con Técnicas de Alta Complejidad

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud es un derecho humano fundamental, cuya existencia debe reconocerse con anterioridad a su previsión legal.

En la actualidad, luego de su primera referencia en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se encuentra previsto tanto en los tratados internacionales como en las normas jurídicas internas, con una amplitud que abarca distintos aspectos.

La Organización Mundial de la Salud lo ha definido como *un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad*.

Debido a esa amplitud y por tratarse de una construcción social, los componentes que determinan la salud de la población son múltiples y van evolucionando junto con el desarrollo y el conocimiento. En este sentido se incluye el derecho a no ser dañados, a contar con una regulación pública en cuanto a salubridad y medio ambiente que establezca las condiciones para que la población no vea afectada su salud, educación, alimentación, acceso a agua limpia y potable, condiciones de trabajo seguras, etc., y contar con la asistencia sanitaria que las personas requieran para prevenir o recuperar su salud.

Una de las características de este derecho es la universalidad que, como principio, determina que aquel es inherente a todas las personas. En virtud de ello se definen los titulares del derecho subjetivo y, consecuentemente, quienes pueden exigir su cumplimiento. Estudios sobre el tema advierten que el carácter universal es relativo, limitado por el modelo sanitario que cada Estado adopte. Esta limitación encuentra su justificación en el hecho de encontrar una estrategia adecuada para dar cumplimiento efectivo a la protección de este derecho.

Debe tenerse en cuenta que las obligaciones del Estado con relación al derecho a la salud que surgen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), es gradual y progresiva. Por lo tanto, el compromiso que de allí se desprende es el de poner a disposición todos los medios para permitir progresivamente el disfrute de este derecho, en la medida de los recursos disponibles.

En este marco, el Estado establece medidas de políticas públicas que se encuentran dirigidas a desarrollar acciones sobre los llamados determinantes generales que influyen en la salud (*v.gr. protección del medio ambiente, educación, políticas sanitarias, acceso a fuentes de agua corriente, educación, programas "Remediar", "Menos Sal más Vida", "Argentina Libre de Grasas Trans", "Plan Nacional de Agua", etc., ley de genéricos*) a las cuales, como principio, debería tener acceso toda la población. Sin embargo, la realidad demuestra que la salud se encuentra en gran medida condicionada por la posición socioeconómica de los individuos, dado que los grupos sociales con mayores privilegios son los que se benefician en mayor proporción de las políticas e intervenciones sociales y sanitarias dirigidas a mejorar la salud.

La desigualdad en materia de salud en todos los países es objeto de extensos estudios. Solo a modo de ejemplo, mencionamos que alrededor del 93% de la carga de enfermedad se da en los países en desarrollo, que utilizan solo el 11% del gasto mundial en salud; o que en los países de ingresos bajos la esperanza de vida está en torno a 57 años, mientras que en los de ingresos altos es de 80 años, en promedio[3].

---

3 Comprendiendo el Derecho Humano a la Salud, Prosalud y Cruz Roja, págs. 12 y 14, disponible en https://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Publicaciones%20coeditadas%20por%20AECID/Comprendiendo_el_derecho_humano_a_la_salud%20(2).pdf.

Ahora bien, advertimos que cuando nos referimos al acceso a la atención sanitaria en su dimensión individual, no ya a medidas públicas colectivas, esa inequidad también resulta evidente. Y si la cobertura se obtiene mediante un reclamo judicial, en ciertas ocasiones, esa desigualdad se manifiesta de manera más pronunciada.

No todas las personas en Argentina cuentan con la misma asistencia sanitaria para prevenir o recuperar su salud, ni con recursos para reclamar el acceso a la atención médico asistencial, a la que tienen derecho. Los grupos sociales vulnerables son quienes tienen peores perfiles de exposición a factores biológicos, conductuales y de acceso a servicios de salud que determinan un peor estado de salud. Y por distintas razones socioeconómicas, salvo excepciones, son los que no efectúan reclamo judicial alguno.

Se estima que en Argentina más de un tercio de la población carece de los beneficios de un seguro médico y, por lo tanto, son usuarios de los establecimientos públicos, donde el gasto por beneficiario encuentra una significativa diferencia en las distintas jurisdicciones, siendo las de mayores ingresos, las que poseen más inversión en estos establecimientos[4].

Como ya lo señaláramos en otro trabajo, esta situación de inequidad en la atención de la salud integral y de calidad en Argentina, que la regulación en la materia no ha podido mejorar, se vio acentuada producto de las sucesivas crisis, el incremento de la pobreza, el desempleo y la economía informal. A ello va a tener que agregarse el impacto negativo que en el sistema de salud provocará la emergencia ocasionada por la pandemia declarada por la OMS debido al brote producido por el COVID-19 (Coronavirus).

En este contexto, la judicialización para obtener prestaciones médico asistenciales, que principalmente inician los grupos sociales con mayores privilegios, genera un problema adicional respecto de la inequidad y del desfinanciamiento del sistema de salud. Consecuentemente, representa un factor importante de un problema estructural y complejo.

El objeto del presente trabajo es analizar la evolución del criterio que los distintos tribunales en Argentina han establecido a través de sus sentencias, con relación al alcance con que deben admitirse las prestaciones medico asistenciales que se reclaman judicialmente.

Dicho estudio resulta relevante debido al alto impacto que sus decisiones tienen respecto del sistema de salud, por el avance que observan estos asuntos tanto desde una mirada cuantitativa como cualitativa, aun cuando principalmente los que se resuelven son conflictos individuales.

Desde esta perspectiva, un punto de vista cuantitativo muestra el crecimiento inusitado de la cantidad de causas que en materia de salud se inician en la actualidad.

Pero mayor atención debe prestarse al aspecto cualitativo, referido a cuáles son las prestaciones que se reclaman. Los logros de la medicina y la innovación de la industria farmacéutica, principalmente con medicamentos biológicos, sin dudas mejoran la calidad de vida de la población. Sin embargo, dichos avances exigen contar cada vez con más recursos para afrontar el pago de los costos que su utilización implica. De acuerdo con datos del Ministerio de Salud de la Nación, en Argentina hoy el 4% del mercado de prescripción se lleva el 30% del gasto[5].

---

4 Estrategia de Cooperación de la OPS/OMS con Argentina 2017-2021, Pág. 39, disponible en https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34360/OPSARG17023_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y.

5 Nota al Ministro de Salud de Argentina, Dr. Ginés González García: "Nadie se va a quedar sin medicamentos por una decisión económica", disponible en https://www.lanacion.com.ar/economia/gines-gonzalez-garcia-nadie-se-va-a-quedar-sin-medicamentos-por-una-decision-economica-nid2323052.

La consagración de la salud como un derecho humano fundamental, determina que los jueces como principio deban admitir los reclamos efectuados por quien sufre una enfermedad, a fin de que se les brinde un tratamiento adecuado. Sin embargo, la Corte Suprema tiene establecida consolidada doctrina referente a que en nuestro ordenamiento jurídico los derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia.

Esto determina que, dentro de la redefinición constante que en la actualidad se presenta respecto del concepto *salud,* aun cuando pueda significar algún beneficio para quien la solicita, no toda prestación que se reclama puede tener un irreflexivo reconocimiento judicial sin límites de cobertura, o la admisión de servicios y medicamentos que no tengan evidencia científica sólida en cuanto a la seguridad y eficacia.

Sin pretender una visión mercantilista del derecho a la salud, no es posible soslayar la vinculación que tiene la satisfacción de este derecho con la asignación de recursos que el Estado hace para garantizarlo con medidas positivas, y con los que cuentan los agentes de seguro de salud para garantizar la de sus beneficiarios.

ETAPAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN ARGENTINA

Como lo señalamos, el trabajo pretende mostrar como desarrollan y fundamentan su doctrina los tribunales competentes, de manera de lograr un razonable equilibrio entre la protección del derecho a la salud que se reclama individualmente, dentro del marco de las obligaciones que surgen del ordenamiento jurídico respecto de los agentes de seguro de salud y el Estado Nacional, Provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su caso, teniendo en cuenta también la evidencia científica de los tratamientos reclamados y de factores sociales y económicos concomitantes.

Haremos alusión a tres etapas cronológicas que no son diferenciables en forma tajante, sino que se fueron presentando por impulso de razones socioeconómicas por las que atravesó Argentina, como así también por cambios normativos, de acceso, de desarrollo técnico científico en la transformación y descubrimiento de nuevos métodos diagnósticos, medicamentos y tratamientos, y también a grupos de interés que impulsan la judicialización, entre otras razones, que permiten su división en ciclos donde observamos cambios relevantes en la materia.

Primera etapa

Con antelación a la reforma constitucional de 1994 en Argentina, los litigios en materia de salud eran aislados y puntuales, relativos preponderantemente a tratamientos oncológicos o de medicamentos antirretrovirales, y no representaban un porcentaje importante en la cantidad de procesos judiciales llevados a conocimiento de los jueces con competencia en esta disciplina. En esa época, en el ámbito de la Capital Federal, jurisdicción que tomamos como muestra principalmente debido a que es donde se debaten la mayor parte de estos asuntos (*el 64% de las causas en Argentina en materia de salud se inician en esta jurisdicción*), la competencia estaba a cargo del fuero Civil ordinario *–en cuanto el reclamo se dirigiera contra una entidad de medicina prepaga–* y del fuero Civil y Comercial Federal *–si el proceso era contra una obra social–*.

Estos reclamos eran, en gran medida, resueltos en los juzgados de primera instancia, ya que habitualmente los prestadores del servicio de salud se avenían al cumplimiento de la pretensión, o bien se solucionaba el conflicto en audiencias que se celebraban para acercar la posición de las partes.

Segunda etapa

La reforma constitucional de 1994 en Argentina incorporó expresamente el derecho a la salud en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional y otorgó jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales que consagran este derecho.

Asimismo, durante este período se creo el Programa Médico Obligatorio -*Decreto 492/95*-, fue dictada la Ley de Discapacidad N.° 24.901 *–que modificó la anterior N.° 22.431–*, como así también un importante número de leyes y resoluciones referidas coberturas específicas sobre determinadas patologías.

En Argentina se habían alcanzado de manera progresiva importantes logros en materia de salud hasta finales de la década del 90.

Para comprender este período, tampoco puede soslayarse la crisis económica, social y política de finales de 2001 que afectó severamente a este país en el funcionamiento del sistema sanitario, produciendo una sobredemanda del subsistema público, debido a que un 53% de la población quedó por debajo de la línea de pobreza.

La crítica pérdida de ingresos económicos de la población, por el alto índice de desempleo y el empobrecimiento de la clase media, hizo que los prestadores de servicios vieran gravemente afectado su desenvolvimiento.

Trabajos sobre el tema señalan que a ello se sumaron el crecimiento de las enfermedades asociadas a la pobreza y el inusitado aumento que se produjo en el costo de los insumos, del instrumental y de los servicios de salud. En estudios específicos se menciona que se retomó la practica de volver a usar los materiales reciclables y de reutilizar prótesis previa esterilización, suspendieron pruebas de laboratorio por falta de insumos y reactivos, falta de placas radiográficas, y paralizaron equipos de alta tecnología con elevado costos de funcionamiento y mantenimiento, entre otros tantos aspectos que vieron deteriorados dentro del servicio[6].

El servicio de la mayor obra social –*Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*–, también fue afectado severamente por la crisis.

El nuevo régimen jurídico y la crisis descrita son, principalmente, los hechos que motivaron un crecimiento cuantitativo de reclamos en la justicia para obtener la cobertura de prestaciones médico asistenciales. En la jurisdicción donde se concentran la mayoría de estos asuntos –*Civil y Comercial Federal*–, se produjo un aumento exponencial respecto de las restantes materias de su competencia, llegando a representar en promedio un 40% de los juicios iniciados.

La característica de esta etapa es la mayor inclinación del poder judicial al otorgamiento de las coberturas pretendidas en forma integral, y una acentuada resistencia de los prestadores a su concesión ante el reclamo administrativo, muchas veces por imposibilidad de financiamiento. La judicialización de estos asuntos otorgaron una respuesta satisfactoria únicamente respecto de aquéllos que pueden acceder al litigio como herramienta para obtenerla, e indirectamente dejó a cargo de dicho órgano del Estado las decisiones del sistema sanitario.

En ese escenario, se ubican los fallos dictados por los Juzgados de Primera Instancia, las Cámaras de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con una visión comprensiva, generalmente, de todo reclamo que implicaba algún beneficio para quien peticionara, teniendo solo en consideración el derecho individual traído a conocimiento de los Tribunales, sin mayor miramiento respecto de la equidad y de la eficacia y seguridad de lo solicitado.

Tercera etapa

Esta etapa se caracteriza por el colapso generado, por una parte, por el sostenido e incesante número de amparos en materia de salud iniciados, y su concentración casi total en el fuero Civil y Comercial Federal, a raíz de la decisión de la Corte Suprema de atribuir la competencia a estos juzgados, sin distinción alguna entre obras sociales y entidades de medicina prepaga.

6 Argentina: efectos sociosanitarios de la crisis 2001-2003, José Luis Zeballos, 1ª. ed. – Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud, 2003 – https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/6247/2003-ARG-efectos-sociosanitarios-crisis.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

Debe tenerse en cuenta que en el período 2015/2019, la cantidad de amparos presentados en dicha jurisdicción creció el 130%; esto es, de los 2.022 amparos que tramitaban en 2015 se produjo un incremento a 6.056 causas en 2019[7].

Por otra parte, la llegada de nuevas alternativas terapéuticas cada vez más costosas, ya sea por su novedad o por la tecnología aplicada. El crecimiento del gasto en prestaciones de alta complejidad (*trasplantes y prótesis*), medicamentos para el tratamiento de HIV-Sida, Hemofilia, Hepatitis B y C, Esclerosis Múltiple, etc., y discapacidad y droga-dependencia, caracteriza también a esta etapa.

Además, una visión economicista de los prestadores del sistema, a sabiendas que solo un reducido porcentaje de afectados que realizan un pedido de cobertura la judicializan. Por otra parte, puede atribuirse, también, a diferentes interpretaciones de la cobertura obligatoria efectuada por los agentes del seguro de salud, y la influencia de la industria farmacéutica con los profesionales de la salud y su incidencia sobre los medicamentos que prescriben, entre otras razones.

Asimismo, comenzaron a observarse dificultades para obtener el cabal cumplimiento de las decisiones judiciales. Se advierte que, en algunos casos, los Juzgados de primera instancia empezaron –*sin desatender el reclamo concreto en función de la prescripción efectuada por el médico tratante*– a precisar sus decisiones, basándolas no únicamente en razón de la indicación del médico tratante, sino también, en casos controvertidos, en la opinión del Cuerpo Médico Forense, organismo versado en la materia, para obtener evidencia sobre la seguridad y eficacia de los tratamientos reclamados. Se observó lo referente al uso experimental de ciertos tratamientos, en las limitaciones fijadas por el nomenclador vigente en materia de discapacidad y, en algunos supuestos, en el impacto que la cobertura requerida produce en el sistema de salud, en casos en que existan métodos alternativos de comprobada eficacia.

Ello llevó en ocasiones a cierta colisión con las decisiones adoptadas por las Cámaras de Apelaciones y, en definitiva, a la intervención de la Corte Suprema de Justicia, que, en variados tópicos, sin cercenar el derecho a la salud reconocido en el ordenamiento jurídico, resolvió aplicando criterios más estrictos, con una visión comprensiva tanto del derecho individual reclamado, como también de otros factores a tener en cuenta, como ser las limitaciones o recaudos de procedencia establecidos por la normativa aplicable, las responsabilidades tanto de los prestadores, como del Estado Nacional en su carácter de garante último de este derecho, y la distribución equitativa de los recursos existentes, en aras a un correcto y equilibrado funcionamiento del sistema.

En este último escenario, puede distinguirse que aún cuando cuantitativamente la judicialización sigue en incremento en orden a materias comunes, ya sea por estar expresamente previstas en el Programa Médico Obligatorio o por tener un reconocimiento decidido en forma sostenida desde hace largo tiempo por el Poder Judicial, también es cada vez mayor el número de reclamos de cuestiones que por su complejidad, novedad, altísimo costo, entre otras causas, hacen que, por un lado, la tarea del juez sea cada vez más dificultosa. Esto así, considerando los elementos de prueba con que se cuenta para resolver los amparos y la premura con que deben adoptarse las decisiones en este tipo de procedimientos. Por otro lado, se producen mayores inequidades en la distribución de los recursos asignados a la salud, en tanto este tipo de pretensiones acaparan un alto porcentaje del presupuesto total destinado a medicamentos o prácticas médicas.

7 Fuente: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN LOS CASOS PARTICULARES DE SALUD

En función de las pautas indicadas precedentemente trabajamos sobre los cambios más relevantes que se aprecian en orden a la extensión de la cobertura dispuesta, los vaivenes que se ven reflejados en la jurisprudencia y la ponderación de aspectos concomitantes a la protección del derecho individual a la salud.

Para ello, se dividen los fallos por su objeto, para establecer, en términos generales, los estándares de protección que surgen durante los últimos años de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales en Argentina. Reiteramos que a ese fin es ponderada, principalmente, la jurisprudencia del fuero Civil y Comercial Federal, dado que allí es donde se concentra el mayor número de reclamos en la materia (*64% del total en el país*).

Enfermedades poco Frecuentes. Alto Costo/Baja Incidencia. Medicación de Uso Compasivo. Fuera de Prospecto/Otros usos

Las prestaciones referidas en este punto son las que, por diferentes razones, han generado las más amplias discusiones en cuanto a su interpretación y a los obligados a la cobertura, y son las que se señalan que provocan el mayor impacto respecto de la equidad y financiamiento del sistema, cuando se judicializa su reclamo, ya sea por la complejidad, como por su alto costo.

Por ello, para mejor comprensión se efectúan algunas precisiones con antelación al detalle de lo decidido por la jurisprudencia.

Cabe aclarar que en los casos judicializados, las indicadas prestaciones han sido agrupadas comúnmente como *experimentales*. Esta generalización se desarrolló con relación a los casos en los que no se contaba con aprobación de la ANMAT, de tratarse de una prestación *off label* o fuera de prospecto o de no encontrarse regulada por norma alguna en la Argentina, y no por encontrarse en alguna fase de investigación o protocolo experimental. Sin embargo, a los fines de este trabajo, decisiones relacionadas específicamente con tratamientos *experimentales* tiene características singulares, que determinan que su análisis lo debamos efectuar en un apartado específico.

Por otra parte, haremos una agrupación de la línea de argumentos expuestos por la jurisprudencia, aun cuando se trate de diferentes tratamientos, para diferentes patologías, considerando la variedad de casos que fueron judicializados.

En otro orden, toda vez que aquí se trata de consignar la evolución de los antecedentes judiciales, detallamos también lo resuelto en su momento para determinadas prestaciones que luego tuvieron una regulación específica, por lo que actualmente tienen menor judicialización o bien son decididas con diferentes fundamentos (*esclerosis múltiple, epilepsia, diabetes, atrofia muscular espinal, etc.*).

Finalmente, a efectos de no realizar una reiteración innecesaria de las normas generalmente citadas en los fallos que resuelven esta problemática, mencionamos a continuación la normativa principalmente invocada para resolver estos asuntos: el Programa Médico Obligatorio; las leyes 23.660, 23.661, 24.754, 26.682, 24.901; ley 26.689 de Enfermedades Poco Frecuentes que garantiza la protección integral de las personas que las padecen; la

Resolución 621/06 de la Superintendencia de Servicios de Salud -S.S.S.- que establece un Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes; la Resolución 1561/12 de la S.S.S. que fija el Procedimiento para Autorización de Reintegros del Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes; las Resoluciones 1200/12 y 1511/12 de la S.S.S. que crean el Sistema Único de Reintegros y el Sistema Único de Reintegros por prestaciones otorgadas a personas con discapacidad; y la Disposición 840/95 ANMAT que reglamenta las condiciones de excepción para la prescripción individual y/o importación de drogas no comercializadas en el país (*medicación de uso compasivo*) y su modificatoria disposición ANMAT 10401/2016.

Sentado ello, cabe tener presente, inicialmente, que las obras sociales y entidades de medicina prepaga denegaron la cobertura de medicamentos en estos casos, con fundamento en que no existía obligación de provisión, por no encontrarse incluidos en el Programa Médico Obligatorio, en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, ni en el Vademécum. Sin embargo, la justicia ordenó su cobertura haciendo mérito de la necesidad de privilegiar superiores intereses personales y sociales a la integridad física y a la vida, por sobre resguardos económicos de los agentes del seguro de salud. También tuvo en cuenta la prescripción médica, la pericia médica de oficio producida, el informe del Cuerpo Médico Forense, y que lo requerido comportaba un avance científico sobre los restantes tratamientos conocidos. En virtud de ello, se destacó que resultaba inaceptable que se niegue la cobertura por no hallarse incluida en la reglamentación, toda vez que la inamovilidad relativa de esas disposiciones reglamentarias no puede ser elevada al rango de un impedimento para negarle al paciente el medicamento, porque de ser ello así, en vez de obrar en beneficio de los afiliados, se transformarían en los vehículos de iniquidad y del alzamiento inadmisible contra las normas de mayor jerarquía, como son las que conforman la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a ella[8].

En otros supuestos, se consideró expresamente la Resolución 247/96 del Ministerio de Salud que aprobó el Programa Médico Obligatorio, que disponía que en la medicación de baja incidencia y alto costo se debía otorgar cobertura al 100% dada la imposibilidad de los afiliados de ingresos salariales comunes de abonar los porcentajes a su cargo, sosteniéndose que la obligación no se limitaba a los medicamentos indicados en dicha resolución. En este sentido, se entendió que correspondía armonizar lo establecido en la citada Resolución, con el artículo 28 de la ley 23.661 que prevé la actualización de las prestaciones que se deberán otorgar, lo cual es razonable con motivo del permanente avance tecnológico y científico en la materia[9].

Asimismo, se consideró expresamente: las obligaciones que se desprendían de las leyes 24.754 y 23.661; las resoluciones de la Administración de Programas Especiales -APE- que la establecía cobertura y el carácter de medicación de baja incidencia y alto costo a determinadas patologías; la alegada imposibilidad de afrontar el costo por los pacientes; la interpretación del PMO como un piso prestacional; y las recomendaciones de los médicos tratantes relativas, no solo a que resultaba necesario continuar el tratamiento, sino también a la ineficacia de tratamientos con otras drogas[10].

8 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 1027/04 del 28.11.06; íd. causa 3291/09 del 12.11.09; íd. causa 993/13 del 7.6.13; íd. causa 1250/12 del 8.10.14; CNCiv. Sala H, causa "L.E.S.P. c/ C. y otro s/ amparo" H073730 del 30.9.10
9 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 8048/07 del 4.9.07.
10 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 9539/00 del 28.12.00; íd. Sala II, causa 8450/06 del 25.9.08; íd. causa 868/12 del 5.7.12; íd. causa 4366/12 del 30.10.12; íd. causa 7819/11 del 14.2.13; íd. causa 639/13 del 30.5.13; íd. causa 7702/13 del 13.7.17; íd. Sala III, causa 5289/07 del 20.9.07; íd. causa 7758 /07 del 20.9.07; íd. causa 4045/09 del 29.5.09; íd. causa 9039/09 del 25.2.10; íd. causa 5653/09 del 16.11.10; íd. causa 4075/10 del 16.11.10; íd. causa 4656/09 del 8.2.11; íd. causa 6020/10 del 24.2.11; íd. causa 629/12 del 15.3.12; íd. causa 5746/12 del 27.11.12; íd. causa 4999/11 del 13.5.13; íd. causa 5268/13 del 10.12.13; íd. causa 26/15 del 13.5.15; íd. causa 4755/16 del 20.10.16; íd. causa 2778/16 del 4.5.17; íd. causa 11938/18 del 12.3.19.

La obligación de cobertura del 100% de la medicación/tratamientos en cuestión prescriptos, con relación a los agentes de salud que no se hallan comprendidos por la ley 23.660, fue ordenada teniendo en cuenta que todos aquellos entes que brinden servicios médico asistenciales a sus afiliados, deben otorgar cobertura a las personas que padecen Enfermedades Poco Frecuentes, independientemente de la figura jurídica que posean, dado que resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha asimilado la obligaciones sanitarias de las obras sociales gubernamentales a las de los agentes del servicio de salud regidos por la ley 23.660 citada[11].

En otros supuestos, se dio especial preponderancia a los dictámenes emitidos por el Cuerpo Médico Forense, quien sostuvo, en general, que se trataba de fármacos de alto costo y baja incidencia, que los tratamientos prescriptos eran adecuados a las patologías de los que solicitaban el amparo, que ya habían recibido otros esquemas terapéuticos sin resultados, y que muchas de esas patologías se enmarcaban en las enfermedades poco frecuentes previstas por la ley 26.689[12]. También, se argumentó que las cuestiones debían ser interpretadas en función de la integralidad de cobertura prevista por la ley de discapacidad 24.901[13].

En cuanto a la falta de aprobación por la ANMAT de diversos medicamentos, invocada por los prestadores para denegar la cobertura, se decidió, con apoyo en lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense, que esa falta de aprobación no era obstáculo válido, ni importaba en modo alguno que se tratara de tratamientos experimentales, ya que se encontraban aprobados para su comercialización en el extranjero[14]. Por otra parte, referente a la alegación que revestían el carácter de experimental por estar aprobados por la ANMAT para otras patologías, se expresó que no tenían la calidad de *experimentales* sino que, dada la específica prescripción efectuada por el médico tratante, avalada por el CMF, debía ser considerado el tratamiento adecuado y reconocerlo como *otros usos del medicamento* o una indicación *off label* (*fuera de prospecto*)[15].

En otro orden de ideas, se puso de manifiesto que no puede obviarse que la regulación administrativa sobre tecnologías sanitarias emergentes contempla el reintegro por parte del Estado del costo del medicamento. Y que si bien el PMO prevé una cobertura limitada de esa medicación, es indudable que se inscribe en el marco de una política sanitaria estatal de dar "*apoyo financiero a los agentes del seguro de salud en el reconocimiento de prestaciones médicas de baja incidencia, alto impacto económico y tratamiento prolongado*", conforme considerandos de la Resolución 1200/12 de la S.S.S.[16].

También se consideró a efectos de admitir los reclamos, que no se había demostrado con fundamentos científicos suficientes, que la prescripción médica fuera equivocada, ponderándose que el profesional tratante es quien se encuentra en mejores condiciones para determinar la terapia más indicada para su paciente[17]. Y con otra línea argumental, se decidió que una empresa de medicina prepaga no puede negarse a cubrir prestaciones medicamentosas para una afección cuyo tratamiento es de alto costo, por las dudas suscitadas en la interpretación de los alcances del contrato suscripto con los asociados y de

11 CSJN, Fallos 331:1449; CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 3066/12 del 21.9.12.
12 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2116/09 del 4.6.09; íd. causa 3802/12 del 18.12.12; íd. causa 7139/14 del 19.11.15; íd. Sala III, causa 538/14 del 8.6.17.
13 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 1243/13 del 21.5.13; íd. causa 2418/10 de 4.7.13.
14 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4384/12 del 26.11.13; íd. causa 4574/14 del 1.9.15; íd. causa 35892/17 del 4.10.17; íd. causa 424/17 del 27.6.17; íd. Sala II, causa 5756/13 del 18.12.13; íd. causa 6390/16 del 22.12.16; íd. Sala III, causa 7606/11 del 1.3.12; íd. causa 998/18 del 4.9.18.
15 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7438/11 del 24.11.11; íd. causa 7770/15 del 4.9.18; íd. Sala II, causa 4957/17 del 11.12.17.
16 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 1972/16 del 10.6.16.
17 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2954/12 del 27.3.14; íd. causa 24762/15 del 11.8.15; íd. causa 6451/15 del 19.4.16; íd. Sala III, causa 3390/11 del 7.6.11.

las normativas aplicables. Menos aún puede hacerlo cuando la patología en cuestión es de baja incidencia en la población, lo que excluye el riesgo de que la prestación médica comprometa el financiamiento y funcionamiento normal de la empresa[18].

En lo atinente al análisis de la *medicación de uso compasivo* indicada para este tipo de enfermedades, destacamos que dicho uso se encuentra definido por la Disposición ANMAT 840/95 –*luego reemplazada por Disposición ANMAT 10401/16*– como aquel que se hace de una droga comprendida para un paciente identificado en donde la selección viene dada en situaciones en donde existe la falta de tratamiento específico, intolerancia a todo tratamiento existente, incompatibilidad con drogas disponibles, en pacientes tratados en el exterior, los que podrían perjudicarse con el cambio de una medicación autorizada en la Argentina, habiéndose decidido que en función de esa normativa, no es viable la excusa de la obra social, en cuanto alega que no está autorizada para importar medicamentos, pues según lo dispuesto por la ANMAT, el trámite de autorización de importación por uso compasivo no es personal, pudiendo realizarlo también el prestador[19].

En otros supuestos, se hizo expresa ponderación de lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en cuanto corroboraba la prescripción del médico tratante, que no resultaba óbice que la medicación no estuviera aprobada por la ANMAT, en tanto correspondía realizar o se había realizado el trámite de importación como de uso compasivo, estaba aprobada en el exterior y por ello no revestía el carácter de experimental[20]. Además, sobre los agravios formulados por las demandadas acerca de su eventual responsabilidad, se estableció que en cumplimiento de la normativa y conforme el consentimiento informado que se requiere, la responsabilidad derivada de posibles efectos adversos de la medicación no pesaría sobre la obra social, sino sobre los representantes de la beneficiaria[21].

Con relación a algunos casos en los que se trató la responsabilidad del Estado Nacional en estos supuestos, podemos destacar que considerando la enfermedad invocada, sea por una imposibilidad económica del particular, o por una limitación propia de la contratación privada, cobra vigor el rol subsidiario del Estado Nacional en la preservación de la Salud pública. Se destacó que dicho rol no se limita a la vigilancia y control sobre las prestatarias para que cumplan con las obligaciones pactadas, sino que se traduce en una función activa protectora de la vida de las personas, cuando ésta no puede ser resguardada por la autonomía de la voluntad del contrato, ni por la impotencia económica del paciente para afrontar los gastos, lo cual no importa subrogar a las empresas privadas en el cumplimiento de las obligaciones que les son propias, sino tan solo reconocerle al Estado Nacional el papel rector en materia de salud pública que la ley fundamental le confiere, el cual debe hacerse efectivo en hipótesis excepcionales como la planteada[22].

Tiempo después, a instancias del tribunal, se dio intervención al Estado Nacional, en su rol de garante último del derecho a la salud que asiste a todos los ciudadanos, decidiéndose en la medida cautelar que, tratando de evitar que una de las demandadas deba soportar una excesiva carga al adquirir el oneroso medicamento, correspondía que el pago del mismo sea soportado en un 20% por la entidad asistencial y un 80% por el Estado Nacional – Ministerio de Salud[23]. En la sentencia definitiva, luego se resolvió mantener esos porcentajes de cobertura, haciendo mérito que se había probado que las drogas de baja incidencia y alto costo desequilibran el presupuesto de la entidad financiadora y que en función de la edad del paciente, que debía someterse al tratamiento por un lapso prologando y el alto costo de la

18 CNCiv. Sala M, causa “T., N.E. y otro c/ Swiss Medical SA y otro s/cobro” M513779 del 30.6.10.
19 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 2099/14 del 16.8.16.
20 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 618/10 del 30.8.12; íd. causa 3802/12 del 18.12.12; íd. Sala III, causa 6433/10 del 11.8.11; íd. causa 3376/19 del 24.9.19; íd. Sala II, causa 2493/12 del 30.10.12; íd. causa 2662/17 del 8.9.17.
21 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 5302/11 del 25.10.13; íd. causa 168/15 del 29.5.15.
22 CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 7919/07 del 9.8.07.
23 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5784/11 del 28.8.12.

medicación, indudablemente la afectaría patrimonialmente, de modo que correspondía que la obligación recaiga también sobre el Estado Nacional, más aun tratándose de una grave enfermedad discapacitante[24].

En otro caso, se resolvió en sentido contrario, sosteniéndose que sin perjuicio del derecho que eventualmente pudiera corresponder a la empresa de medicina prepaga para obtener del Estado Nacional el recupero de todo o parte de las sumas que deba erogar con fundamento en el ordenamiento jurídico aplicable y, en especial, en el Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes y Anomalías Congénitas (*Ley 26.689 y su decreto reglamentario 794/15*), ello resultaba ajeno a la cobertura asistencial del actor y al pleito, por lo que no había sustento fáctico y normativo para asignar responsabilidad directa al Estado, ni para limitar la obligación de cobertura de la empresa de medicina prepaga[25].

Respecto a los precedentes donde se resolvió algún tipo rechazo, podemos mencionar dos casos donde la obra social había ofrecido la cobertura parcial del 85% y 90% respectivamente, de la medicación reclamada. La Cámara de Apelaciones modificó las medidas cautelares dictadas limitando la obligación de los prestadores a los porcentajes ofrecidos, con fundamento en que no se había acreditado un estado de necesidad tal que les impida soportar el porcentaje restante y que se consideraba resguardado preventivamente el derecho reduciendo la cobertura en los términos ofrecidos[26]. En un caso en que se había limitado la cobertura al 70%, se mantuvo esa decisión, sosteniéndose que no existía fundamento legal que avale la gratuidad de los medicamentos, en la medida que la menor no es una persona discapacitada, ni se demostró que la demandada se haya apartado de las obligaciones legales a su cargo, o que haya incurrido en conductas desprovistas de razonabilidad en la aplicación de la normativa vigente, por lo que sin prescindir en su valoración de los derechos y garantías que contempla la Constitución Nacional, lo hace en el ámbito de las normas que reglamentan su ejercicio y, en ese sentido, no es posible adoptar una solución que se aparte totalmente del régimen que la autoridad de aplicación en materia sanitaria ha fijado[27].

Finalmente, en relación a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –*en un caso de competencia originaria* – donde se encontraban demandados el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, a efectos de que otorguen la cobertura del 100% de un medicamento de alto costo que la actora invocaba necesario para la esclerosis múltiple que padecía y carecer de recursos económicos, admitió la acción sosteniendo que resultaba aplicable la doctrina reiterada con relación al derecho a la salud, los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, las previsiones de las leyes 23.661 y 24.901, las obligaciones emanadas del Programa Médico Obligatorio, la responsabilidad que cabe en la materia a las jurisdicciones provinciales, detallando en particular la que corresponde a la Provincia de Buenos Aires, en virtud de su normativa de discapacidad y su Constitución. Allí se destacó que el criterio esgrimido por la provincia demandada, relativo a que no se trata de una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto no es una droga provista por las autoridades locales, no puede redundar en un perjuicio directo a la afectada, pues se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación, pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo, en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

En función de ello, estimó que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado, imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional, el que debe acudir en forma subsidiaria, pues de no ser así, las leyes

24 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5784/11 del 25.3.14.
25 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11843/06 del 23.10.18.
26 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 3566/10 del 9.9.10; íd. causa 11134/09 del 13.5.10.
27 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11934/07 del 1.12.09.

sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad[28].

En ese mismo período, luego de resolver la incompetencia originaria para entender en un proceso, decidió en el mismo pronunciamiento otorgar la medida cautelar requerida, ordenando a la Provincia de Buenos Aires, que provea a la actora la medicación de alto costo que no podía afrontar y que le fuera recetada en virtud de la enfermedad que la aquejaba –*glomerulonefritis*–[29].

En una condena dictada por la Cámara Civil contra una empresa de medicina prepaga para que provea la cobertura del medicamento Mabthera 500, prescripto a la peticionaria para el tratamiento del lupus eritematoso sistémico y síndrome antifosfolipídico que padecía *(el cual es considerado fuera de prospecto, toda vez que la ANMAT lo autorizó para patologías distintas a la de la actora)*, ha sido sostenido que entidades como la demandada debían cubrir las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, y que las empresas asumían un compromiso social con sus usuarios. Por lo tanto, se estimó que por encontrarse en juego el derecho a la salud, se imponía un abordaje no estrictamente contractual del tema, considerando las características concretas del caso, entre las que se observaba la dificultad de la actora para adquirir la medicación y que su suministro había resultado beneficioso y adecuado para la patología de la peticionaria. Luego, la Corte Suprema revisó dicha sentencia y expresó que se incurrió en graves defectos de fundamentación, toda vez que ordenó asumir el costo de la prestación sin apoyo en norma alguna –*legal ni contractual*– la causa de dicha obligación. Se agregó también que el razonamiento referido a que las entidades de medicina prepaga estaban obligadas a cubrir las mismas prestaciones que las obras sociales, no sostiene lógicamente la conclusión a la que se arribó, pues luego de tal asimilación, debía examinarse si dichos agentes de la salud estaban obligados o no a brindar la cobertura pretendida, extremo que no fue cumplido[30].

En otro supuesto la Cámara Federal de Córdoba había condenado a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación a mantener como adherente a una afiliada, que según el estatuto había perdido la cobertura por haber cumplido determinada edad, apoyando la solución –*entre otras razones de índole administrativa*– en que era inconcebible que una obra social estatal negara cobertura a quien había sido afiliada suya desde el nacimiento y había tenido la desventura de contraer una enfermedad compleja, crónica e incapacitante. La Corte Suprema de Justicia revocó el decisorio, sosteniendo que las meras expectativas no son derechos, que la posibilidad de mantener la afiliación desapareció al modificarse el estatuto de la obra social, que el peticionario cuenta con la cobertura de otra obra social y que si bien se encuadró el fallo en las disposiciones de la ley 26.689, sobre cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes, la propia norma impone el deber a "*todas las obras sociales*" de brindar cobertura a las personas con EPF. Consecuentemente, entendió que no se puede sostener que la decisión de la demandada haya puesto en jaque el derecho a la salud de la actora, ya que es evidente que no la dejó sin cobertura médica adecuada para atender la enfermedad, como así también que el argumento de que las prestaciones asistenciales que pueden brindar otros entes no son de la misma calidad que las que puede otorgar la demandada, es meramente conjetural y no puede ser suplida por la simple alusión de los jueces a la "*delicada afección que padece la reclamante*"[31].

---

28 CSJN O.59 XXXVIII – Originario, causa Orlando Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo, del 24.5.05.

29 CSJN, P. 943 XLI – Originario, causa Peralta María Florencia c/ Buenos Aires Provincia de s/ amparo, del 7.7.05; en igual sentido, P. 1425 XL – Originario, causa Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo, del 7.12.04.

30 CSJN, causa L., E.S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno CEMIC s/ amparo, L.85 XLVII. Rec. de Hecho, del 20.5.14.

31 CSJN, causa A., F.J. c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, N.° 509/2014 del 8.3.16; Fallos: 339:245.

Tratamiento experimental

Como ha sido señalado precedentemente, haremos un análisis centrado específicamente en los tratamientos *experimentales* propiamente dichos, esto es, los que se encuentran en protocolo de investigación o en alguna de las cuatro fases de ensayos clínicos.

Podemos advertir que los reclamos iniciados sobre el particular, no han sido cuantitativamente relevantes. Sin embargo, resulta trascendente su estudio por su complejidad dentro de un proceso judicial y el alto costo de los tratamientos pretendidos; extremos que, sumados a la especial naturaleza de su condición experimental, dieron lugar a variadas soluciones jurisprudenciales a lo largo de los últimos años.

Desde esta perspectiva, en un caso donde se reclamaba la cobertura de vacunas T-Linfocitarias para el tratamiento de la esclerosis múltiple, si bien fue ponderada la importancia de la cuestión planteada, en tanto involucra el derecho a la vida, comprensivo tanto de su integridad psicofísica, como de los aspectos atinentes a la calidad y dignidad con que se desenvuelven las condiciones vitales del sujeto, también se estimó necesario considerar el marco normativo que sirve de referencia para exigir determinada conducta de la obra social o entidad de medicina prepaga. En función de ello, se rechazó la pretensión sobre la base de los siguientes argumentos: que existía un tratamiento aprobado por la autoridad de aplicación; que el tratamiento requerido se encontraba en etapa de investigación, por lo que debía ser considerado experimental; que la decisión judicial a adoptar debe estar necesariamente fundada en la ley; y que no era posible apartarse del régimen que la autoridad de aplicación en materia sanitaria ha fijado, que no fue cuestionada[32].

En otros supuestos, referidos al mismo tratamiento, se desestimaron las medidas cautelares, con fundamento en el estadío experimental en que se encontraba; que no había sido reconocido por la ANMAT ni por otras entidades extranjeras; que se desconocía por completo la posibilidad de que la terapia trajera aparejadas eventuales consecuencias negativas para la salud; y que no se había acreditado que ese fuera el último recurso del accionante. Se aclaró que no se trataba de una negativa fundada en que el prestador era ajeno a la entidad o cuestiones económicas, sino médicas, por lo que la verosimilitud del derecho invocado –*como uno de los elementos para el dictado de medidas cautelares*- no se encontraba adecuadamente acreditada[33].

En algún caso se hizo mérito en que el establecimiento donde se realizaban las prácticas solicitadas había sido clausurado, no habiéndose acreditado el levantamiento de dicha clausura, ni la expresa autorización de la autoridad sanitaria para realizar esos tratamientos experimentales, por lo que de conformidad con lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense, debía optarse por alguna de las alternativas terapéuticas usuales para enfrentar la enfermedad[34].

Por su parte, también se decidió la improcedencia de una medida cautelar interpuesta para que la obra social brinde al paciente un tratamiento experimental, por cuanto, en atención a la complejidad científica de la cuestión, el conflicto económico acerca de quién lo financiará y la necesidad del dictamen de la autoridad competente sobre el control de tales prácticas en orden a la protección de la dignidad del paciente y de la salud pública, no se había acreditado la verosimilitud del derecho invocado[35].

32 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4008/03 del 10.8.04.
33 CNFed. Civ. y Com., Sala de Feria, causa 11296/05 del 3.1.06; íd. Sala II, causa 4106/06 del 27.6.06.
34 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 152/06 del 11.3.08.
35 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa "S., E. v. Superintendencia Bienestar Social -Dirección Obra Social Policía Federal" del 06/11/2008. L.L. Cita Online: 70050944.

En ese mismo sentido, se destacó que la propuesta terapéutica estaba en etapa de investigación en humanos y como tal, el accionante carecía de derecho a que su obra social financie un ensayo clínico, cuyo costo indiscutiblemente debía abonar el investigador o patrocinante, sosteniéndose que por su propio carácter, no estaba claro cuál es la ecuación beneficio/riesgo y la eventual efectividad en el paciente, información que solo puede proporcionar la aprobación de los estudios clínicos, y que los jueces no pueden, ni tienen competencia para determinar esas circunstancias[36]. Se reiteró, también, que el paciente no tiene derecho a exigir el pago de un tratamiento no aprobado, toda vez que la participación en ese tipo de ensayos clínicos debe ser absolutamente gratuita y subvencionada por los organismos públicos y/o privados involucrados en la investigación, pues de lo contrario, se estaría comercializando un tratamiento de efecto incierto o beneficio supuesto[37].

En otro orden, se desestimó un trasplante autólogo, con fundamento en que el mismo está comprendido en la competencia del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), que lo clasificaba como experimental respecto de la dolencia de la actora, considerándose que constituía una indicación en la que había poca experiencia y cuya realización exigía autorización previa de la autoridad sanitaria nacional, la cual no había sido obtenida[38]. En otro tipo de trasplante, que se encontraba protocolizado en programas experimentales y/o investigación de tratamiento y se realizaba en el extranjero, se consideró que no era irrazonable la denegatoria decidida por la demandada, toda vez que las circunstancias fácticas del caso impedían tener por acreditado un cierto grado de certeza en cuanto a la efectividad del tratamiento[39].

Ahora bien, contemporáneamente a esos precedentes, la jurisprudencia resolvió en sentido contrario, respecto de tratamientos en etapa de experimentación, fundando sus decisorios en los principios generales del derecho a la salud y la aplicación de los Tratados Internacionales en la materia, en el cumplimiento de los recaudos de viabilidad de las medidas cautelares, en la opinión del Cuerpo Médico Forense sobre los efectos favorables del tratamiento en la patología del actor, como así también en que impresionaban como más gravosas para éste las consecuencias del rechazo, que para la demandada brindar la cobertura[40]. Se hizo mérito también de los principios de integralidad que surgían de la ley de discapacidad; que el carácter experimental del tratamiento no alcanzaba para obstaculizar el derecho del accionante a contar con una esperanza de mejora en su estado de salud; que los medios puestos hasta el momento a su disposición carecían de eficacia; que la prueba colectada ponía de manifiesto que lo requerido era una alternativa posible frente a los ya concretados resultados adversos para la salud del accionante; y que tampoco obstaba que el profesional e institución no fueran prestadores de la obra social, toda vez que esta no había puesto a disposición del paciente alguno que estuviera en condiciones de proporcionar el tratamiento pretendido[41].

En este orden de ideas, en cuanto a que el carácter experimental no alcanzaba para obstaculizar el derecho del accionante a contar con una esperanza de mejora en su estado de salud, también se hizo mérito de la prescripción efectuada por un médico especializado en la materia, respecto del cual se estimó que era dable presumir de su parte un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para el paciente[42]. Se agregó en otros supuestos, un expreso deslinde de responsabilidad que pudiera corresponder

36 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11296/05 del 7.10.09.
37 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 9179/07 del 29.5.12.
38 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 10455/07 del 20.11.08.
39 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 20937/95 del 20.8.09.
40 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11819/05 del 28.3.06.
41 CNFed. Civ. y Com. Sala II, causa 11296/05 del 23.3.07.
42 CNFed. Sala I, causa 1392/15 del 8.11.16; íd. Sala II, causa 2893/06 del 4.4.07; íd. 8903/01 del 20.12.07; íd. 6116/07 del 22.3.18; íd. 8303/16 del 29.6.18; íd. Sala de Feria, causa 3215/14 del 1.8.14.

a la demandada, por las consecuencias negativas que eventualmente se derivasen del tratamiento que se ordenaba[43].

Por su parte, más actualmente se rechazaron reclamos de tal naturaleza, apoyándose esas decisiones en lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense, quien consideró que la necesidad del tratamiento invocado surge como relativa, que los pseudo tratamientos de carácter experimental no tienen aprobada eficacia clínica[44]. También se ponderó que el alto impacto financiero de un tratamiento en etapa experimental a realizarse en el extranjero, hace necesario valorar la protección del interés general en custodiar y no comprometer de manera incierta los fondos de las obras sociales, que pertenecen a la totalidad de los afiliados, en condiciones de igualdad y solidaridad, por lo que deben valorarse las evidencias técnicas y científicas, en balance con el principio de progresividad en la igualdad de los derechos y de equidad en el acceso a la salud de todos los afiliados[45]. Por otra parte, se tuvo en consideración que el tribunal no tiene competencia para determinar la efectividad de la práctica, para evitar y/o retardar la evolución o complicaciones de la enfermedad, ni si ésta va a mejorar o empeorar la supervivencia y calidad de vida, porque no cuenta con ensayo clínico aprobado, de modo que el poder judicial no puede determinar la probabilidad de que una persona sufra algún daño como consecuencia inmediata o tardía de un estudio clínico[46].

Finalmente, en lo que respecta a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia podemos destacar que desde antaño sostuvo la improcedencia de cobertura ya sea por las obras sociales o por el Estado Nacional de los tratamientos experimentales.

En un caso tendiente a que se autorice el suministro del complejo Crotoxina A y B en su faz de investigación, para el tratamiento de un cáncer, entre otros fundamentos, se decidió haciendo mérito que dado que la autoridad a la que ha sido otorgado el ejercicio del poder de policía sanitaria, respecto de las actividades comprendidas en la norma de control de drogas y productos utilizados en medicina humana, ha aceptado el dictamen del órgano competente, que es inequívoco en cuanto a que el complejo requerido carece de acción antineoplásica, no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias. Así también, que resultaba ajeno al debate, el derecho que la actora pretende que se obligue al Estado Nacional a suministrarle determinada droga, todo lo concerniente a los alcances de la libertad de elección del tratamiento terapéutico, por el paciente o por su médico. Sobre esta base fue desestimada la acción deducida[47].

En otro caso en que una persona que padecía esclerosis múltiple reclamó a la obra social a la cual está afiliada la cobertura del tratamiento con vacuna T-linfocitaria, también se rechazó la pretensión. Se consideró que no obstante el carácter fundamental del derecho a la salud, está demostrado que ese tratamiento se encontraba al tiempo de decidir y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación -*Resolución 276/2008 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante*-, y no que se advertía la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado[48].

En un proceso correspondiente al mismo tratamiento, sostuvo que corresponde dejar sin efecto la sentencia que no prestó una atención mínimamente adecuada o excluyó de la consideración temas que fueron tenidos por irrelevantes como el carácter experimental de la

43 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 3538/08 del 15.8.08; íd. causa 10651/09 del 26.10.10.
44 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5288/16 del 28.9.17.
45 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2640/12 del 20.12.17.
46 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7770/15 del 4.9.18.
47 CSJN causa "Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c. Gobierno nacional -Ministerio de Salud y Acción Social" del 27/01/1987. Cita Fallos Corte: 310:112. Cita Online: AR/JUR/663/1987.
48 CSJN causa B., V. E. c. Obra Social Unión Personal y otro, del 19/05/2010, Fallos: 333:690.

vacuna T-linfocitaria, conclusión que exigía que se examinaran conjuntamente otros aspectos directamente emparentados, como son los atinentes al cumplimiento de los protocolos científicos, al respaldo en el ámbito médico local o internacional, y al contralor de la autoridad sanitaria, como así también que el tribunal de la causa ha pasado por alto lo relativo a las competencias del Ministerio de Salud, expresamente invocadas por la demandada y mencionadas en la sentencia que debía revisar, ya que, desde esa perspectiva, el carácter experimental del procedimiento está matizado por dos elementos esgrimidos oportunamente, cuales son la respetabilidad científica y el ajuste a las pautas de la autoridad de aplicación sanitaria, los que resultaban idóneos como para requerir un análisis que se obvió por completo[49].

Tratamientos Oncológicos

En lo que respecta a los medicamentos y tratamientos oncológicos, teniendo en cuenta la amplitud de dolencias encuadradas en esta prestación, consideramos necesario efectuar una breve descripción de la regulación y los factores que a nuestro entender motivan la judicialización de los reclamos.

Así, en primer término, se advierte que los tratamientos en análisis son los que han tenido regulación más amplia de cobertura desde hace varias décadas, quedando finalmente fijado el alcance de su prestación en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia PMOE, mediante resolución 201/02 Min. Salud. En el Anexo I de la referida norma, se dispuso en el capítulo "Medicamentos" (punto 7) que "….*tendrán cobertura al 100% por parte del agente del seguro…los medicamentos oncológicos según protocolos aprobados por la autoridad de aplicación*…" (punto 7.3).

Por su parte, en el punto 7.4 se estableció que "…*la cobertura de medicación no oncológica de uso en protocolos oncológicos tendrá la misma cobertura que la medicación ambulatoria, a excepción del ondasetrón en tratamiento de vómitos agudos inducidos por drogas altamente emetizantes (cisplatino, carboplatino…etc.)..".* En apartado 8.-8.1, relativo a cuidados paliativos, se reguló que "….*cuando la expectativa de vida no supere los seis meses por no responder al tratamiento curativo…la cobertura estará dada en función del marco general que marca el PMO, es decir que los Agentes del Seguro se encuentran obligados a brindar las prestaciones que se mencionan en los Anexos II y III con un 100% de cobertura*...".

Ahora bien, el incesante avance científico en el tratamiento de estas enfermedades -*que según informe de la OMS, es una de las primeras causas de muerte a nivel mundial*- provoca una variación constante tanto en tratamientos radiantes y quimioterápicos, como en el desarrollo de nuevos fármacos, para atender, revertir o paliar esas dolencias, circunstancia que hace prácticamente imposible su inclusión contemporánea en la normativa que prevé su cobertura, e impulsa reclamos que posteriormente se judicializan.

Por otra parte, advertimos que dentro de los entes encargados de analizar el costo efectividad, aprobación para comercialización, etc., de nuevos medicamentos, también existen divergentes interpretaciones que, en definitiva, llevan a que los asuntos sean decididos fuera de la esfera de la autoridad sanitaria.

A modo de ejemplo, dentro de la materia que nos ocupa, podemos citar el medicamento *PEMBROLIZUMAB* para el tratamiento de Cáncer de Pulmón de Células No Pequeñas Avanzado –*irresecable o metastásico*– sin Tratamiento Previo, el cual, por un lado, tiene

49 CSJN causa Sureda, Lucas c. O.S.P.J.N. del 26/03/2009, Fallos: 332:627.

aprobación por la ANMAT[50], mientras que la CONETEC[51] recomendó NO incorporarlo al PMO y hasta la fecha no fue incluido.

En cuanto a los medicamentos *PALBOCICLIB* y *RIBOCICLIB* para el tratamiento de Cáncer de Mama Avanzado o Metastásico RH positivo HER2 Negativo, la CONETEC recomendó NO incluirlos al PMO. Por su parte, la ANMAT aprobó su comercialización e incorporación al registro de especialidades medicinales[52], y el Ministerio de Salud no se expidió sobre su incorporación al PMO.

Tales extremos generan diferentes interpretaciones. Por una parte, que siendo oncológicos y estando aprobada su comercialización y registro por la ANMAT, se encuentran efectivamente incluidos en el PMO, toda vez que el punto 7.3. de dicho Programa prevé la cobertura del 100% de los medicamentos oncológicos según protocolos nacionales aprobados por la autoridad de aplicación.

Por el contrario, la recomendación de la CONETEC de NO incluir esos fármacos en el PMO, ha generado que se interprete que con antelación se encontraban efectivamente incluidos en el Programa y que luego del informe fueron excluidos.

Esta breve síntesis de algunas de las diferencias interpretativas, junto con la gravedad de los casos llevados a decisión judicial, la negativa de los prestadores a brindar cobertura de tratamientos y/o medicamentos que no se encuentren taxativamente regulados, y las concretas prescripciones efectuadas por los médicos tratantes, son los elementos que han ido formando la evolución de la jurisprudencia en la materia, la cual, en un alto porcentaje, ha sido proclive al otorgamiento de la cobertura, conforme fundamentos que se detallan a continuación.

Así en lo que respecta a medidas cautelares, se ponderó especialmente la gravedad de la patología y su estado avanzado, para sostener que no correspondía ingresar al examen de las propiedades terapéuticas de los remedios reclamados, y si estar a la indicación específica de la prescripción médica acompañada[53]. En casos análogos, también se hizo mérito de la naturaleza del derecho comprometido, de los pactos internacionales aplicables a la materia, y que ante una situación de mejoría, resultaba desaconsejable apartarse o ignorar las expresas indicaciones del médico tratante[54].

En otros casos, ante la defensa de la demandada de que el medicamento no se encuentra incluido en el PMOE como preventivo de futuras recidivas en cuadros oncológicos, también se consideró que no estaba discutido el uso oncológico de la droga prescripta, que se encontraban acreditadas las razones médicas para su aplicación y los riesgos para la salud derivados de la interrupción del tratamiento ya iniciado, lo cual no había sido rebatido por la obra social, por lo que se ordenó su cobertura[55].

En lo referente a la discusión de prescripción genérica del medicamento o por marca determinada, se estableció que la ley 25.649 tiene por finalidad específica permitir al consumidor optar por diversas marcas y elegir la del precio que mejor se acomode a su

50 Disp. ANMAT 753/19 y bajo condiciones especiales, Disp. 269/16 y 2822/17.
51 La Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud -CONETEC-, creada por Resolución del Ministerio de Salud 623/18, fue establecida en la necesidad de reducir desigualdades y garantizar la equidad, a través de la mejora al acceso con criterios de asignación adecuada de recursos sanitarios, efectuando recomendaciones al Ministerio de Salud.
52 Disp. ANMAT 11105/15 Palbociclib y Disp. 6728/17, Ribociclib.
53 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5563/05 del 13.9.05; íd. causa 8547/05 del 27.9.05; íd. causa 2584/13 del 17.10.13.
54 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 142/08 del 16.10.08; íd. causa 11181/09 del 15.12.09; íd. causa 9401/09 del 30.12.09.
55 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11173/05 del 11.5.06.

situación económica. De tal modo, tratándose de un paciente con cáncer de pulmón gravemente enfermo, el medicamento indicado, aprobado por la ANMAT, es admisible, toda vez que ante una receta médica especializada, la prestadora no puede válidamente poner trabas burocráticas alegando la posibilidad de que haya otros genéricos iguales de marcas distintas[56], aplicándose igual solución en virtud de la justificación efectuada por el médico interviniente en el tratamiento[57].

Relativo a un trasplante autólogo, clasificado como práctica experimental en el supuesto de cáncer de mama con respuesta metástasis, se rechazó la pretensión, considerándose que su realización exige autorización previa de la autoridad sanitaria nacional[58].

Atinente a la calificación de *experimental* del tratamiento de radioterapia de intensidad modulada IMRT, se decidió con remisión a los expresos fundamentos del CMF, que no es un tratamiento experimental y es adecuado como procedimiento para el cáncer prostático, sosteniéndose que la demandada no había expuesto observaciones o críticas con fundamentos científico médicos para establecer algún tipo de duda sobre su pertinencia[59]. Criterio que también fue admitido en función de la indicación del médico tratante para minimizar efectos secundarios[60]. Y como parte de la necesidad terapéutica, en casos en que se indicó radioterapia conformacional con planificación virtual tridimensionada para volumen mamario[61], o radioterapia tridimensional conformada 3DC sobre lecho quirúrgico[62].

Iguales fundamentos se sostuvieron ante la alegación de la obra social de la falta de evidencia científica del estudio de PET/CT (*tomografía por emisión de positrones con fusión de tomografía computada corporal total*), prescripta por el oncólogo tratante de una persona con cáncer de mama y pulmón, a efectos de su comparación con un estudio previo[63].

En otros supuestos, se resolvió la cobertura integral de medicamentos por dolencias relacionadas con el cáncer que padecía el paciente, considerándose dichos fármacos destinados al tratamiento oncológico realizado[64], lo cual no podía ser soslayado por cuestiones relativas al alcance de la contratación que vinculaba a las partes, considerando el compromiso social que asumen las empresas de medicina prepaga, en su protección de las garantías constitucionales[65]. Este argumento también fue ponderado para rechazar la denegatoria a un plan superador, requerida por quien se encontraba realizando un tratamiento oncológico[66]; y también para mantener su carácter de afiliado a la obra social, abonando el canon correspondiente, en virtud de la necesidad de mantener el tratamiento con los profesionales que integran la cartilla[67].

Por otra parte, en algún caso donde se reclamaba un procedimiento tendiente a solucionar un problema crónico sobreviniente a un tratamiento quirúrgico de cáncer de próstata, sin soslayar que la patología sufrida ocasionaba un menoscabo a la salud psicofísica, se desestimó la medida precautoria requerida por no revestir carácter de urgencia, ni haber riesgo de vida[68],

56 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 12211/06 del 4.5.07; íd. Sala I, causa 1172/13 del 29.8.13.
57 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7940/10 del 15.10.12.
58 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 10455/07 del 20.11.08.
59 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2116/09 del 4.6.09; íd. causa 11437/08 del 29.12.09; íd. Sala III, causa 4460/10 del 19.10.10; íd. causa 960/12 del 10.5.12.
60 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7753/07 del 11.8.11; íd. causa 3975/13 del 4.9.13; íd. causa 88/14 del 6.3.14; íd. Sala I, causa 4383/16 del 13.9.16.
61 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 5145/11 del 21.3.12.
62 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 3338/13 del 14.8.13.
63 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7909/13 del 18.5.15.
64 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 700/12 del 20.5.13.
65 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 3814/07 del 25.6.09; íd. causa 8769/16 del 26.9.17.
66 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7303/08 del 17.9.09.
67(CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3457/14 del 26.8.14.
68 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 6164/09 del 17.9.09.

mientras que en otro supuesto donde se pretendía una cirugía reparadora de mamas para una persona enferma de cáncer, se consideró acreditado el peligro en la demora, como única alternativa de salud y bienestar según prescripción del galeno tratante[69], extendiéndose la obligatoriedad de cobertura en estos casos, cuando la necesidad de cirugía es consecuencia de la radiación sufrida en el tratamiento para el cáncer padecido[70].

También fueron admitidos diversos tratamientos con fundamento en el aval emitido por el CMF[71] y, especialmente, en la pericia médica producida, a la que se otorgó significativa importancia, toda vez que la materia excede el conocimiento propio de los jueces, considerándose, ante su coincidencia de opiniones, que la prescripción del profesional tratante es de relevancia, en tanto en base a la estadificación del tumor, la edad y condición clínica del paciente, es quien evalúa las opciones terapéuticas que mejor se adecuen[72].

En otros casos, se consideró que la admisión de la cobertura evitaba un agravamiento de las condiciones de vida del paciente y se sostuvo que la opinión de los profesionales de la salud prevalece sobre los de la obra social, toda vez que son las personas idóneas, por su conocimiento del paciente, los tratamientos efectuados y la evolución de la enfermedad, para evaluar la terapéutica a seguir[73].

En lo atinente a la medicación denominada *otros usos* o *fuera de prospecto*, se tuvo en cuenta que la circunstancia de hallarse aprobada para el tratamiento de otro tipo de cáncer, no alcanzaba para obstaculizar el derecho del paciente a contar con la droga prescripta según fundamentos expuestos por el médico tratante, que no habían sido cuestionados por la demandada[74], habiendo dictaminado el CMF que lo indicado por la médica sería hábil, en razón de los tratamientos recibidos y el estado del paciente, más allá de la discusión si corresponde a la primera o segunda línea de tratamiento[75].

En otros supuestos, no habiéndose controvertido que se trataba de un paciente *oncológico* se determinó que correspondía la cobertura de la medicación prescripta, de conformidad con el PMO que prevé el 100% del costo a cargo del prestador, como así también de la medicación de soporte clínico de la quimioterapia y de la analgesia destinada al manejo del dolor[76].

En relación a medicamentos no comercializados en Argentina, también se resolvió su cobertura, destacándose la aprobación del esquema en el exterior, el cumplimiento del trámite de importación de medicación como de uso compasivo y la aprobación de la ANMAT al efecto[77]. Considerándose, asimismo, que la circunstancia de que el medicamento no esté aprobado por la ANMAT no significa que sea *experimental* y ello, conforme lo dictaminado por el CMF, no resulta óbice para que pueda ser utilizado en la patología del actor, con su debido consentimiento[78].

Finalmente, en lo que respecta a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya hemos analizado su rechazo en el capítulo correspondiente a *tratamientos experimentales*, aun cuando se tratare de procedimientos oncológicos.

---

69 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 4893/09 del 5.11.09; íd. Sala I, doc. causa 6752/10 del 11.11.10; íd. Sala III, causa 8664/11 del 22.3.12.
70 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 65059/14 del 18.8.15.
71 CNFed. Civ. y Com. Sala II, causa 6390/16 del 22.12.16; íd. Sala III, causa 6856/16 del 7.12.17.
72 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 11234/09 del 29.4.10; íd. Sala II, doc. causa 24/16 del 9.8.16.
73 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 5669/16 del 10.11.16; íd. Sala I, causa 5431/16 del 29.11.16; íd. causa 3395/17 del 21.9.17; íd. Sala II, causa 8521/17 del 5.3.18.
74 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 1700/10 del 28.4.11.
75 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2768/16 del 23.6.16.
76 CNFed. Civ, y Com., Sala III, causa 9/11 del 10.5.11; íd. causa 100/09 del 17.5.11; íd. causa 2243/14 del 5.8.15; íd. causa 2178/16 del 6.7.16; íd. causa 6636/16 del 22.6.17; íd. causa 2803/17 del 26.9.17.
77 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 6433/10 del 11.8.11; íd. causa 7772/13 del 7.1.14.
78 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7606/11 del 1.3.12; íd. causa 503/14 del 12.6.14.

En otro orden, en un caso de continuidad de afiliación, revocó la decisión que había dejado sin efecto una medida cautelar que otorgaba dicha continuidad, por haber transcurrido el plazo de tres meses previsto por el art. 10 de la ley 23.660, sosteniendo que debían evitarse perjuicios mayores, en tanto el interesado necesitaba tratamiento oncológico regular, sin dilaciones, concluyendo que la interrupción de la afiliación prolongada a una obra social o empresa de medicina prepaga, cuando se trata de personas que sufren dolencias crónicas y ofrecen mantener el mismo nivel de pagos que venía recibiendo el prestador, constituye un acto lesivo a la salud[79].

En otro supuesto, haciendo mérito del derecho a la salud, la gravedad de la situación, y sin perjuicio de su competencia para entender en el proceso, ordenó a la Provincia de Buenos Aires que suministre la medicación oncológica sin dilaciones[80].

En lo atinente a un tratamiento oncológico de alto costo, la Corte Suprema, con remisión al dictamen Fiscal, confirmó la condena contra una Mutual, sosteniendo que afirmó dogmáticamente que hacerse cargo de las prestaciones provocaría su colapso o desequilibrio económico, más no probó que tal desequilibrio haya acaecido, ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, etc., de qué manera se produciría[81].

Fertilización asistida

En relación a la prestación de fertilización humana asistida, considerando los ciclos reseñados precedentemente, podemos destacar que con antelación a 2008 no se efectuaron reclamos judiciales sobre esta materia, comenzando a surgir a partir de ese año. Los amparos iniciados requerían el dictado de medidas cautelares para compeler a las obras sociales y entidades de medicina prepaga a brindar la cobertura, acreditándose cuestiones de infertilidad certificadas por los médicos tratantes, que a su vez indicaban la necesidad de efectuar los tratamientos de alta o baja complejidad pertinentes.

Dichas medidas cautelares en un principio fueron rechazadas, con fundamento en el carácter restrictivo con el que debían apreciarse las medidas innovativas; en que se confundían con la solución a la que se pretendía arribar en la sentencia definitiva; en la celeridad que caracterizaba a los trámites de amparo -*lo cual determinaba que no se verificaba el recaudo de peligro en la demora*-; y en la falta de previsión expresa legislativa sobre las prestaciones reclamadas[82].

En esa época, también se rechazaron coberturas de criopreservación de embriones y transferencia de embriones criopreservados, considerándose que por la complejidad de la tecnología, suponía una fuerte exigencia para los fondos solidarios y comunes y que solamente un marco legislativo era idóneo para contemplar todos los aspectos jurídicos y bioéticos involucrados[83]. Luego del dictado de la ley 26.862, se agregó que la criopreservación de embriones y ovocitos, su mantenimiento y los gastos de descongelamiento, no se desprende claramente de los términos de la ley, cuyo alcance no había sido establecido por la autoridad de aplicación, por lo que esa pretensión no podía prosperar[84].

79 CSJN “FSC c/ Obra Soc. de la Ac. de Seguros, Reaseguros Cap. Ahorro” del 20.12.05, Fallos: 328:4493, cita online AR/JUR/5540/2005.
80 CSJN “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Provincia de Buenos Aires y otro” del 24.4.07; Fallos: 330:1915, cita online 70041461.
81 CSJN, “C.C. c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música” del 1.4.08, cita online 70044099.
82 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 11174/08 del 12.2.09; 7955/08 del 23.12.08 y 621/08 del 16.12.08; 8044/09 del 29.9.09; Sala II, causa 8751/08 del 21.10.08.
83 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 7957/08 del 30.10.08.
84 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3578/10 del 12.7.13.

Si bien los reclamos no eran masivos, fueron acrecentándose con el dictado de la ley provincial N.° 14.208 de 2010, que estableció la cobertura de fertilización en la Provincia de Buenos Aires. En lo que hace a las sentencias definitivas, las pretensiones fueron admitidas, fundándose, en general, en que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica. De modo que "*las circunstancias por las cuales los accionantes se ven impedidos de procrear representan un desmedro en su salud y por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección*"[85]. También se sostuvo que no corresponde efectuar una interpretación taxativa del PMO; que la mera alegación de que el sistema de salud pueda verse afectado, no es apta, si no se constata que sea lo suficientemente significativa para ir en detrimento de todos los asegurados; y que la trascendencia de los valores en juego, determina que deba preservarse el derecho a la salud[86].

En dichos pronunciamientos, se observaron diversos alcances de las condenas, en tanto ordenaron la cobertura del 100% de la prestación en forma ilimitada hasta lograr el embarazo[87]; el otorgamiento de la prestación con cobertura integral, pero para uno o dos intentos[88]; o bien disponer a cargo del prestador el pago del 50% del tratamiento de fertilización *in vitro*, sin límites de intentos[89].

Luego del dictado de la Ley nacional 26.862 de Fertilización Humana Asistida y su decreto reglamentario 956/13, la discusión se centró en la interpretación de determinados aspectos de esas normas. En este orden de ideas, por ejemplo, se planteó la libre elección del paciente, del médico y/o institución para efectuar el tratamiento, con fundamento en que el sistema está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por los prestadores, y de accederse a los requerimientos de cobertura de los afiliados en instituciones no contratadas o ajenas, se desbarataría el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales y entidades de medicina prepaga[90].

En lo atinente a la medicación, se decidió que ni la ley 26.862, ni su decreto reglamentario, establecen que su cobertura se pueda encontrar supeditada a los porcentajes reconocidos por cada obra social o empresa de medicina prepaga y, por el contrario, dispone la *"…cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas…"* (*conf. art. 8 de la ley 26.862*). El referido cuestionamiento, quedó finalmente zanjado con el dictado de la Resolución 1045/18 del Ministerio de Salud de la Nación (BO 05/06/18), que establece expresamente que *"…todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida previsto por la ley 26.862, deberá ser brindado con cobertura del ciento por ciento (100%) por los agentes obligados enunciados en el artículo 8 de dicha ley…"*.

Respecto a la extensión de la cobertura, la controversia se centró en la cantidad de tratamientos de alta complejidad, en virtud de la interpretación contrapuesta efectuada por pacientes y agentes del seguro de salud de la letra del decreto reglamentario. Sobre este punto, se decidió en una primera etapa, que considerar que la cantidad de tratamientos establecidos en la norma era anual, implicaba en la práctica un alcance casi ilimitado, que no resultaba compatible con el texto del decreto, con la naturaleza de la prestación y con la extensión reconocida anteriormente en otras jurisdicciones[91 y 92].

85 CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 7.957/08 del 14.10.08 y sus citas.
86 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 3093/09 del 1.7.10.
87 CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 8179/10 del 7.10.10.
88 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3578/10 del 12.7.13.
89 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 6614/10 del 10.12.10 y sus citas; íd.3093/09 del 1.7.10.
90 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7297/17 del 10.4.18 y sus citas; íd. causa 2876/18 del 13.7.18 y sus citas.
91 Leyes provinciales N.º 14.208 de la Provincia de Buenos Aires y N.° 9695 de la Provincia de Córdoba, y sus respectivas normas reglamentarias; Res. Gral. 450/09, Anexo I, Provincia de la Pampa; y Res. 157 OSEP, Provincia de Mendoza.
92 CNCiv. y Com. Fed., Sala III, causa 1601/2015/CA1 del 30/6/15 y 8314/10 del 16/09/14; íd., Sala I, causa 3578/10 del 21/07/13.

Ello finalmente dio lugar a un pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de la Nación, en el que estableció que los tres tratamientos de alta complejidad previstos por el decreto reglamentario, deberán computarse de modo anual[93], y al fallo *plenario* dictado por la Cámara Civil y Comercial Federal[94], en el cual se estableció como doctrina legal la siguiente: *"El límite a que alude el art. 8 del decreto 956/13 –reglamentario de la ley 26.862– en lo que respecta a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad, y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual"*.

En lo que respecta al procedimiento de selección espermática mediante columnas de anexinas, técnica que en un principio fue considerada experimental, se decidió que su uso es de instancia corriente cuando están dadas las indicaciones para ello, por lo que la prescripción del profesional luce razonable a efectos de la consecución de los fines previstos por la ley, con base en el principio de integralidad de la cobertura[95]. Sobre el mismo tema se estableció que los métodos de selección espermática que realiza la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud (*B.O. 4-1-17*), al definir los procedimientos que componen los tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad (*TRHA/AC*) y la importancia de la prescripción del médico tratante, permiten interpretar que incluye aquellos tratamientos que en la actualidad son de uso y práctica, sin que se advierta algún elemento o valoración de entidad suficiente para excluir al de *columnas de anexina*[96].

En cuanto a la cobertura del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), se adoptaron decisiones dispares tanto con antelación al dictado de la ley de fertilización asistida (*N.° 26.862*), como con posterioridad. Para su rechazo, se consideró la inexistencia de un acto arbitrario, la falta de previsión legal y su carácter excepcional[97]. En otro caso, se hizo lugar a tal pretensión con fundamento en la infertilidad invocada, como cuestiones de salud debidamente acreditadas, que hacían necesaria la realización de ese estudio como parte del tratamiento[98].

A su vez, también se ordenó su cobertura para el caso de pareja sin problemas de fertilidad que requirió el DGP ante una deleción cromosómica, la medicación para estimulación ovárica y la fecundación *in vitro* de los embriones no afectados por esa condición, con fundamento en que si bien dicha técnica no está prevista en la ley 26.862, ni en su decreto reglamentario 956/13, debe darse prevalencia al derecho de toda persona de formar una familia, que está íntimamente conectado con el derecho a la salud. Asimismo, se sostuvo que la norma no se centra en la noción de infecundidad, sino en el derecho al acceso a los procedimientos de reproducción humana asistida para alcanzar la maternidad o paternidad[99].

Por su parte, llevado el tema a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación, decidió -*confirmando el rechazo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza*-, que si bien ha sido reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, no es menos cierto que, tales derechos de raigambre constitucional, no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y

93 CSJN, causa Y.M.V. y otro c/IOSE s/amparo de salud, del 14.8.18.
94 CNCCFed. en pleno, causa N.° 1773/17, G, C. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud, del 28/8/18.
95 Cámara Federal de Rosario, Sala A, causa FRO 30260/2015/1 del 19.2.18.
96 CNCiv. y Com. Fed., Sala II, causa 4243/2016 del 21.2.17; Sala I causa 2106/17/1 del 8.8.17 y causa 7873/16/CA2 del 30.10.18.
97 CNFed, Civ. y Com. Sala III, causa A. H., C. Z. v. Estado Nacional -Ministerio de Salud- y otro, del 25/02/2010; íd. L. S. A. c. Hospital Alemán Asociación Civil s/ amparo de salud - Incidente de medida cautelar, del 17/02/2016.
98 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa M.G.M. y otro c/ Unión Personal, causa 71142/2013 del 26.9.13.
99 C.Fed. de San Martín, Sala I, 12.11.14 "G, Y. S. c/ OSDE s/ prestaciones médicas.

extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general.

Luego de analizar el alcance de la cobertura de la ley de fertilización, advirtió que el DGP no aparece incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados que los prestadores deben proporcionar con carácter obligatorio, y que aun cuando la regulación prevé incluir nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico científicos, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable "*cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación"*, situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP.

También, como doctrina de importancia a seguir en casos análogos, se expidió expresamente sobre la calidad de *Autoridad de Aplicación* que incumbe al Ministerio de Salud de la Nación, sosteniendo que tiene por misión entender en la planificación global de las políticas del sector y en la coordinación e integración de sus acciones con las autoridades sanitarias de las distintas jurisdicciones y de diferentes entidades, a fin de implementar un sistema sanitario que cuente con suficiente viabilidad social en miras a la plena realización del derecho a la salud. Se agregó que a dicho Ministerio el legislador le ha conferido la responsabilidad de fijar los requisitos y que ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial, de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial. En función de ello, decidió que deviene inadmisible que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, pues la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador, ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades[100].

Por último, en relación a la criopreservación de embriones, luego de los rechazos decididos inicialmente, se resolvió acceder a los reclamos sobre el particular, considerando que el art. 2º de la ley nacional 26.682 establece que se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. A su vez, el art. 2º del decreto 956/13, dispone que *"…se entiende por técnicas de alta complejidad….la criopreservación de ovocitos y embriones*". Por su parte, en el art. 8º de la ley citada se establece que "…*También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación para aquellas personas, incluso menores de 18 años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro…*".

En función de ello y no habiéndose expedido concretamente la autoridad de aplicación sobre la cobertura en el tiempo de la criopreservación, se adoptaron soluciones diversas, que fueron desde la orden de cobertura de aquélla desde el dictado de la medida cautelar y mientras dure el proceso, sin perjuicio de lo que pudiere decidirse en la sentencia definitiva[101]; hasta tanto se cumplieran los tres tratamientos de alta complejidad ordenados, fijando como límite un lapso que no podía exceder los tres años[102]; y, en otro caso, fijando como límite de cobertura un lapso que no excediera de los dieciocho meses[103].

100 CSJN, L.E.H. y otros c/ OSEP s/ amparo, causa 3732/2014/RH1, del 1.9.15 y sus citas.
101 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 2723/15 del 23.3.16; íd. Sala II, causa 4243/16 del 21.2.17.
102 CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 4918/14 del 6.8.15.
103 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4612/14 del 24.9.15.

Actualmente, y luego del dictado del fallo de la Corte Suprema de la Nación que estableció que los tres tratamientos de alta complejidad previstos por la norma, deberán computarse de modo anual, se observan fallos que disponen que la criopreservación debe ser sufragada por la obra social por el término de cinco años, contados a partir de su extracción, en sintonía con los plazos fijados por las leyes dictadas en Francia, Inglaterra, Islandia y Brasil y con los que los proyectos de ley (*no sancionados*) se presentaron en el orden nacional[104], habiéndose decidido también en primera instancia que el límite está dado por la edad prevista por la norma hasta la cual debe la obra social o entidad de medicina prepaga brindar la prestación de fertilización asistida.

Internación geriátrica

Con respecto a la cobertura de internación en centros de tercer nivel/geriátricos, del análisis de los casos judicializados con anterioridad a la ley de discapacidad 24.901, se advierte que no se trataba de un reclamo general o cuantitativamente importante, dirigiéndose la mayoría de las pretensiones contra la Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados –INSSJyP–, en atención a la naturaleza de sus funciones, al grupo etario que comprende y a las expresas previsiones de cobertura establecidas en su ley de creación 19.032 y normas complementarias.

Luego, con el dictado de la ley 24.901 y en atención a la integralidad de las prestaciones allí previstas, comenzó una etapa de mayor judicialización, en la que invocándose dicha normativa se demandaba a las obras sociales y entidades de medicina prepaga, a efectos de que brindaran la prestación de geriatría. La característica común de la mayoría de estos reclamos era que quien solicitaba la prestación –*ya sea por sí o a través de un representante*– se hallaba institucionalizado, por lo que el objeto de la acción era que el prestador cubriera el costo de la institución en la que se encontraba residiendo.

Ello dio lugar a una jurisprudencia fluctuante, en la que por varios años se decidió que debía primar el estado de salud del peticionante y la necesidad de contar con la prestación prescripta por el médico tratante, considerándose que lo requerido debía subsumirse en las previsiones de la ley de discapacidad, en cuanto establece que las obras sociales deberán brindar con carácter obligatorio la cobertura *total* de las prestaciones que necesiten las personas con discapacidad, como así también en virtud de la naturaleza *integral* de la cobertura allí prevista[105].

A partir del año 2009, en un gran porcentaje de casos, las decisiones fueron variando, y los reclamos fueron desestimados con fundamento en que los agentes del seguro de salud no estaban obligados a otorgar la cobertura, interpretando que la internación del afiliado en una determinada residencia, ajena a sus prestadores propios o contratados y efectuada con antelación al reclamo, constituía sólo un acto voluntario, libre y unilateral de aquél o su familia, cuyas consecuencias debe asumir personalmente. Para ello, se tuvo también en cuenta que no se había acreditado que los centros de internación geriátrica ofrecidos por los prestadores no reunían las condiciones que el estado de salud del paciente requería, como así también que, de accederse a que el afiliado pudiera concurrir a cualquier institución asistencial y luego reclamar el reintegro de los gastos a su obra social, sin limitaciones, importaría desbaratar el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales[106].

104 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 4612,14 del 15.11.18; Cámara Fed. de Paraná, causa B., M. A.C/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación S/ Amparo Ley 16.986.
105 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 3721/06 del 13.6.06; íd. causa 4101/08 del 14.10.08; Sala I, causa 11305/07 del 14.2.08.
106 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 3742/08 del 13.8.09 y sus citas; íd. causa 7936/09 del 15.12.09 y sus citas; íd. causa 8728/09 del 20.12.09 y sus citas.

Con posterioridad, se observa una etapa en la que se resolvió ordenar la cobertura del 100% del costo de la institución geriátrica reclamado, sobre la base principal de dos fundamentos. Por un lado, en razón de las prescripciones agregadas a los expedientes, en las cuales los médicos tratantes hacían expresa mención de la inconveniencia del traslado del paciente a otra institución, ya sea por encontrarse adaptado a su entorno, como así también por el eventual riesgo de descompensación. Y, por otro lado, en la circunstancia de que las obras sociales y entidades de medicina prepaga, no habían ofrecido instituciones aptas, ni alternativas de internación con prestadores propios, limitando su defensa al carácter social y no médico del requerimiento, y a que las instituciones requeridas no resultaban ser prestadores de su cartilla[107].

En este mismo período, la solución aludida se sustentó, asimismo, en que el prestador no acreditó el perjuicio económico irreparable derivado del cumplimiento de la prestación, ni que se vea afectado su estado financiero[108]. Así también se sostuvo que la pretensión debía encuadrarse en el PMO, entendido éste, no como una limitación para los agentes del seguro de salud, sino como una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales, por lo que la cobertura es lo que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección se pretende[109].

La etapa de mayor judicialización sobre esta prestación se presenta con posterioridad, donde no sólo se advierte un crecimiento cuantitativo de acciones en particular, sino también un crecimiento cualitativo, en términos de inequidad con relación al resto de la población beneficiaria de las obras sociales y prepagas receptoras de estos reclamos. Ello, debido a que comenzaron a generalizarse los pedidos sobre instituciones cuyos costos de internación superaban ampliamente, el valor promedio de cualquier otro centro de tercer nivel, propio o contratado por los prestadores.

La referida circunstancia, fue inicial y preponderantemente advertida en primer término en los juzgados de primera instancia, donde se constataba en la labor diaria, las dificultades que conllevaba el cumplimiento de las órdenes judiciales, la necesidad de ejecutar los montos exorbitantes correspondientes para afrontar la prestación, y variados y constantes cuestionamientos para evitar el referido cumplimiento.

Tales extremos llevaron a reformular el alcance de las decisiones judiciales, sin desentenderse en modo alguno de la protección del derecho invocado, precisando los alcances de la ley de discapacidad, a efectos de dar respuesta adecuada a la discusión relativa a la falta de obligación de cobertura, por tratarse de una prestación social y no médica. Se decidió expresamente que la internación geriátrica se encontraba subsumida en las previsiones de dicha normativa, que contempla, entre otras, la cobertura de prestaciones asistenciales, como hábitat, alimentación y atención especializada, y también diferentes módulos de hogar, entre ellos con alojamiento permanente[110]. En esta última etapa que se extiende hasta la actualidad, se han dejado a salvo determinadas excepciones dadas como propias de la causa o actitud asumida por el prestador. Se decidió que el alcance de la prestación de internación geriátrica debe adecuarse hasta el límite del nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, fijado en la Resolución 428/99, del Ministerio de Salud y sus modificatorias[111].

---

107 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 6994/10 del 29.12.10; íd. causa 10705/09 del 24.8.10; íd. causa 11569/09 del 11.3.10; Sala I, causa 6278/10 del 19.3.13.
108 CNFed. Civ. y Com., Sala III causa 2561/10 del 6.7.10; íd. causa 1541/11 del 15.5.12.
109 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4983/08 del 31.3.11; Sala III, causa 7360/11 del 29.12.11.
110 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 2711/12 del 20.9.12.
111 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 5712/14 del 7.6.18; 6778/13 del 4.4.18; 6401/17 del 9.8.18; 1823/16 del 23.12.17; íd. Sala II, causas 2361/13 del 22.12.17; 3312/16 del 13.11.17; 7577/07 del 22.3.18; íd. Sala III, causas 3885/13 del 20.12.17; 185/17 del 2.11.17; 8876/17 del 6.8.18; 6362/17 del 10.4.18 y 3475/18 del 10.7.18, entre otras.

En la mayoría de las causas indicadas se estableció como valor de reintegro, el correspondiente al "Módulo Hogar con Centro de día Permanente, Categoría A, con más el 35% por dependencia", previsto en el punto 2.2.2. de la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud. No obstante ello, en determinados casos se observan variaciones, no en lo que hace al "Módulo Hogar Permanente", sino en cuanto a la prestación de "Centro de día", en caso de no estar prescripta; en el porcentaje adicional en concepto de "dependencia", en el supuesto de no requerirlo; o en la "Categoría" del prestador asignada, que sgún nomenclador puede diferenciarse en A, B, o C, de acuerdo a la inscripción asignada en el Registro de Prestadores para la Atención de Personas con discapacidad, lo cual conlleva a una sustancial diferencia en la suma de dinero a reintegrar, según la categoría que se determine.

Por último, en lo atinente a la prestación de internación geriátrica para los afiliados de obras sociales y entidades de medicina prepaga que **no** encuadran en las previsiones de la ley de discapacidad, por no contar con el certificado expedido por la autoridad de aplicación que les otorgue tal carácter, también se ha reconocido su cobertura, con fundamento en las disposiciones de la ley 23.660, que en su artículo tercero dispone que *"…Las obras sociales destinarán sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud. Deberán, asimismo, brindar otras prestaciones sociales*". A su vez, el decreto N.° 576/93, establece que las *otras prestaciones sociales* que deben otorgar las obras sociales son aquellas no comprendidas en la cobertura médico asistencial regulada por los artículos 25, 26, 27, 28 y concordantes de la Ley 23.661. La Dirección Nacional de Obras Sociales establecerá las normas y prioridades bajo las cuales deben brindarse *otras prestaciones sociales* cuyo financiamiento deberá atenderse con el excedente de los recursos que prioritariamente se tienen que destinar a las prestaciones de los servicios de atención de salud y gastos administrativos.

Desde esta perspectiva, considerando a las entidades de medicina prepaga igualadas en cuanto a sus obligaciones prestacionales en relación a las obras sociales[112], se resolvió en algunas oportunidades que el prestador debía otorgar la cobertura del 100% del costo de la institución elegida por la parte accionante, dado que no había ofrecido brindar la prestación mediante prestadores propios o contratados, o bien que no se había efectuado una oferta concreta respecto de una institución acorde a las prestaciones que requería el beneficiario[113]. También se argumentó que no se había demostrado que la pretensión pudiera comprometer su patrimonio, a punto tal de impedirle atender a sus demás beneficiarios[114].

En otros supuestos, se decidió otorgar la cobertura del 100% de la prestación de internación en un centro de tercer nivel, más con un prestador propio o contratado por el agente del seguro de salud, haciendo mérito de que las prescripciones del galeno tratante no indicaban razones médicas por las cuales el beneficiario debía estar internado en el lugar requerido, ni se hacía referencia a cuáles eran los controles o tratamientos que brindaba la institución solicitada, que no pudieran ser otorgados por un prestador de la obra social o prepaga demandada, o bien, en caso de silencio, debía otorgar la cobertura del costo del lugar donde se encontrara internada la parte accionante, conforme facturación detallada que debería ser presentada en la forma que estuviere prevista en la relación contractual entre la obra social y los prestadores pertinentes[115].

Finalmente, también se resolvió otorgar la prestación, fijando como límite y por aplicación analógica, los valores establecidos por el nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad[116].

112 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 3054/13 del 3.3.13 y 6171/17 de 27.2.18.
113 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 7134/17 del 19.3.18.
114 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 9762/09 del 27.4.10.
115 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 6858/18 del 8.2.19; íd. causa 6194/13 del 27.2.14.
116 CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 2097/16 del 20.12.16.

Hormona de crecimiento

Con relación a la cobertura de hormona de crecimiento para el tratamiento de diversas patologías *–retardo de crecimiento, pubertad precoz, retardo de crecimiento intrauterino, síndrome de Turner, entre otras–*, al inicio se ponderó que el PMO tuvo como objetivo garantizar, en especial, el acceso a la salud y la protección de los grupos más vulnerables, entre ellos, los menores. Fue establecido en estos casos, que correspondía la cobertura del 100% de la medicación para su tratamiento, ya que aun cuando el síndrome no se encuentre contemplado en el PMO, no podía interpretarse que la obligación de la entidad se reduzca a la lista allí contemplada, desde que la Resolución 247/96 del Ministerio de Salud, que aprobó el referido programa *–modificada por Resoluciones 201/02, 310/04 y 1191/05–*, tiene por finalidad otorgar una *cobertura total* de los medicamentos de baja incidencia y alto costo, dada la imposibilidad de los afiliados de abonar los porcentajes a su cargo[117]. Se destacó, en otro caso, que la baja incidencia y alto costo de la medicación se encuentra expresamente reconocida en la Resolución 2091/10 del Ministerio de Salud[118].

Sobre esta base, reiteradamente fue juzgado que debía considerarse la jerarquía de los derechos involucrados, los Tratados Internacionales sobre la materia, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño *–ley 23.849–*, que encarece su tutela elevando el *interés superior* de los infantes al rango de principio. Así también se basó en la doctrina de la Corte Suprema[119] que establece que los menores y los discapacitados *a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos*[120].

Por su parte, en otros casos, además de la ponderación aludida precedentemente, las decisiones que otorgaron la cobertura también se fundaron en el carácter meramente enunciativo del PMO, entendido como un piso prestacional que, como principio, no puede derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas, estableciéndose, entre otras razones, que no corresponde detenerse en consideraciones puramente económicas. Asimismo, se tuvo en cuenta que el prestador no demostró que la utilización de la hormona de crecimiento en el menor de edad sea inadecuada o improcedente[121].

En algún supuesto aislado, se limitó una decisión cautelar que reconocía que el agente de salud debía brindar la prestación, sosteniéndose el carácter experimental del tratamiento, lo cual, se adujo, no sólo excluye la cobertura en virtud de los términos del contrato que vincula a las partes, sino también porque la Corte Suprema ha destacado que no existe norma alguna que, en su letra o espíritu, imponga la obligación de proveer o dar cobertura a tratamientos de tales características. Asimismo, se señaló que la Resolución N.° 500/04 APE, contempla la cobertura total para otras afecciones, más no para la que presentaba la actora, por lo que correspondía limitar el alcance de la cobertura del costo al 40% ofrecido por la parte demandada[122].

---

117 CNFed. Civ. y Com., Sala III, "L, M. c/ Organización de Servicios Directos Empresarios" del 20.9.07, cita L.L. online AR/JUR/8135/2007.

118 CNFed. Civ. y Com., Sala III,, causa 26/15 del 13.5.15.

119 CSJN, en la causa Lifschitz Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional, del 15.6.04.

120 CNFed. Civ. y Com., Sala de Feria, causa 5143/09 del 17.7.09; íd. Sala I, causa 6020/11 del 24.4.12; C.Fed. de Apelaciones de Córdoba, "Paulich Nancy Mariana en representación de su hija menor A.R.G. c/ OSECAC" del 4.8.08, L.L online AR/JUR/5826/08.

121 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa Y, M.S. c/ Swiss Medical del 28.5.09, L.L. cita online 35031794; íd. causa 4561/12 del 11.9.12; íd. Sala I, causa 1743/11 del 14.3.13.

122 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 4084/10 del 19.11.10 y su cita de Fallos 333:690.

Siguiendo con los lineamientos de la jurisprudencia que resolvió sobre la procedencia de la prestación, podemos advertir que en numerosos precedentes, las decisiones se apoyaron en los específicos términos de la prescripción médica, a los que se consideró que correspondía atenerse, por ser el profesional experto a cargo del tratamiento del paciente. Se destacó, también, que tal decisión no ocasionaba un grave perjuicio a la demandada, pero evitaba, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida de la actora[123].

En otro orden, considerando supuestos donde los agentes del seguro de salud ofrecieron la sustitución de la hormona de crecimiento prescripta, alegando igual grado de efectividad, pero precio más económico, se dispuso denegar su sustitución, fundándose en algunos casos en lo expresado por el Cuerpo Médico Forense, quien con remisión a un dictamen de la Comisión Nacional Asesora para el Tratamiento de Hormonas de Crecimiento del Ministerio de Salud y Acción Social, del 29.3.96, en el cual se alertó sobre la necesidad de proceder con estrictez para evitar los cambios de marcas de las hormonas de crecimiento durante el tratamiento, ya que se desconocen los posibles efectos adversos a largo plazo, concluyéndose que ello no significa que un producto sea mejor que otro, sino que aquel con el cual se inició el tratamiento tiene prioridad para continuarlo[124]. En otros, en que la demandada no acreditó que el reemplazo por el genérico ofrecido no puede traer nuevas complicaciones para la salud del menor, o bien que se limitó a efectuar meras afirmaciones sin respaldo científico alguno, tampoco fue admitida la defensa de dicha parte[125].

Haciendo mérito de otros fundamentos, la Cámara Nacional en lo Civil, otorgó la cobertura a un menor del tratamiento prolongado con hormona de crecimiento, sosteniendo que aun cuando la patología no constituye una incapacidad certificada en los términos de la ley 22.431, de lo que se trata, es precisamente de evitar que tal discapacidad se concrete o incremente, como así también que sin perjuicio de que la patología no esté expresamente incluida en el PMO, la injustificada demora administrativa en tornar operativo un proyecto existente, con pronunciamiento favorable a su inclusión por parte de la Superintendencia de Servicios de Salud, no puede devenir en desmedro del derecho de la actora a una igualdad de oportunidades[126].

Finalmente, en lo que hace a la doctrina reciente de la Corte Suprema, destacamos que revocó una medida cautelar dictada por la Cámara Civil y Comercial Federal, en la cual otorgaba la cobertura integral de la hormona de crecimiento requerida, fundando su postura en dos razones.

Para así decidir, por un lado, expresó que la sentencia anticipó la solución sobre el fondo del asunto y ello implicaba una alteración en las relaciones de una obra social estatal con sus afiliados que, por el tenor de los argumentos empleados, puede afectar su normal desenvolvimiento, máxime si se consideran los efectos que acarrearía una eventual proyección de la misma solución a casos similares. Por otra parte, sostuvo que la Cámara basó su argumentación en los deberes emanados del PMO, en las normas atinentes al sistema de seguro de salud y en las disposiciones constitucionales e internacionales relativas a la protección de la vida, la salud y los derechos de niños y niñas, más omitió examinar los términos de la Resolución 2329/14 del Ministerio de Salud, expresamente invocada por la demandada y sobre cuyos términos estructuró su defensa, con el fin de demostrar que la menor no reunía los requisitos a los que el precepto supedita la cobertura de la medicación reclamada. De tal modo, entendió que no se efectuó un análisis de la situación fáctica,

123 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5143/09 del 20.8.09; íd. causa 640/13 del 9.5.13; íd. causa 926/11 del 29.3.11; íd. Sala II, causa 9852/07 del 8.7.08; íd. causa 5270/12 del 19.10.12; íd. causa 11291/09 del 7.7.10; íd. Sala III, causa 11568/09 del 25.2.10; íd. causa 26/15 del 13.5.15; íd. Sala de Feria, causa 2369/10 del 23.7.10.
124 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2994/06 del 7.9.06.
125 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa "F.S.M. c/ Ministerio de Salud" del 19.8.04, L.L. cita online AR/JUR/5363/04; íd. causa 5994/05 del 7.10.05.
126 CNCiv. Sala G, causa "Gartner, Pablo Gustavo y otro c/ OSDE s/ amparo" del 17.7.08, sum. G482886.

conforme la normativa que expresamente rige el caso, lo cual resultaba imprescindible a fin de determinar la verosimilitud del derecho invocado[127].

Discapacidad – Músicoterapia, hidroterapia y equinoterapia

En lo atinente a los diversos tratamientos requeridos con fundamento en la ley 24.901, con anterioridad a su vigencia no se hallan precedentes de las prestaciones indicadas en el sumario, las cuales recién comenzaron a solicitarse y judicializarse luego de la vigencia de la mencionada ley, que modificó la ley 22.431.

Sobre el particular, se advierte que la discusión acerca de la procedencia de estas pretensiones se centró en su carácter social y no médico. También se controvirtió, reiteradamente, la obligación de las empresas de medicina prepaga de ajustar sus prestaciones a las disposiciones de la ley de discapacidad indicada, habiéndose resuelto, en forma constante, que por imperio de lo dispuesto por el art. 1 de la ley 24.754 (*actualmente dispuesto en la ley 26.682*), dichas empresas deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias a las obras sociales, lo que comprende, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación. Ello, conforme art. 28 de la ley 23.661, que establece que los agentes del seguro deberán desarrollar obligatoriamente un programa de prestaciones de salud, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas[128].

Así, inicialmente, tanto en medidas cautelares como en sentencias definitivas, se reconoció la pertinencia de los reclamos de cobertura de músicoterapia, hidroterapia y equinoterapia, con fundamento en que la amplitud de las prestaciones previstas por la ley 24.901, resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad. Por lo tanto, se consideró que encuadraban en el artículo 15 y siguientes, que disponen la cobertura *integral* de rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester[129].

En este mismo período, y a los fines de admitir su procedencia, las decisiones también se fundaron en las disposiciones de los Pactos Internacionales sobre la materia, sosteniéndose que lo requerido resultaba procedente, en tanto comprometía la salud e integridad física de las personas. Se hizo hincapié, especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios por el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación[130].

Puede observarse que en ese ciclo se dictaron algunas sentencias aisladas, que en función de los casos concretos llevados a conocimiento de los tribunales, limitaron en algún modo, los reclamos efectuados. Así, por ejemplo, se decidió con relación a la equinoterapia, que no correspondía ordenar su cobertura, toda vez que no se había acreditado los beneficios terapéuticos de la prestación, y no se habían brindado fundamentos científicos que determinaran la conveniencia de realizar esa terapia y no otra que se encuentre reconocida por la Superintendencia de Servicios de Salud[131].

127 CSJN, D.P., C.S. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud,CCF 5410/2017/1/RH1, del 26.12.19.
128 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 977/11 del 19.4.11, entre otras.
129 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3731/10 del 2.11.10 y sus citas; causa 859/14 de 17.7.14; íd. Sala II, causa 7195/16 del 22.9.17; íd. Sala III, causa 5515/08 del 6.2.14; íd. causa 6496/15 del 14.7.16.
130 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 7546/12 del 27.6.13 y sus citas; Sala III, causas 7445/09 del 17.11.09; íd. 3725/18 del 6.9.18; C.Fed. de La Plata, Sala III, del 8.5.2000, ED del 5.9.00.
131 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 4950/10 del 25.11.10.

En otros casos, si bien se hizo mérito del interés superior de los niños y de los tratados internacionales que prevén su protección, se ordenó que las prestaciones de hidroterapia debían ser brindadas por profesionales de la cartilla de la demandada, en tanto no surgían razones o fundamentos médicos para apartarse y justificar la prestación particular solicitada[132].

Simultáneamente con los precedentes detallados, fueron agregándose fundamentos para decidir la viabilidad de tales pretensiones, las cuales se basaron no sólo en los tópicos ya indicados, sino específicamente en las prescripciones de los médicos tratantes y en que no se había objetado cabalmente las funciones terapéuticas de las prestaciones. Fue también agregado que debía ponderarse la interpretación del PMO como una enumeración no taxativa y un piso prestacional, por debajo del cual ninguna persona debía ubicarse en ningún contexto[133].

Siguiendo la línea de integralidad de la cobertura, las decisiones judiciales se apoyaron en la opinión del Cuerpo Médico Forense, que dictaminó que si bien no se puede establecer conclusiones definitivas, de forma general la terapia indicada constituye un recurso terapéutico beneficioso, aumentando la motivación, la afectividad, mejorando la concentración y estimulando la sensibilidad táctil, visual, auditiva y olfativa entre otras razones[134]. En algunos supuestos, se añadió que tampoco se había demostrado que la cobertura de lo reclamado pudiese comprometer el patrimonio del prestador[135].

Mas recientemente, se resolvió que en caso de realizarse las terapias con prestadores ajenos al agente del seguro de salud, la cobertura debía encontrar su límite en los valores del Nomenclador del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad, precisándose que estas pretensiones encuadran en las "*prestaciones de apoyo*" previstas en la resolución 428/99 y sus modificatorias[136].

En lo que respecta a la doctrina sentada por la Corte Suprema sobre el particular, podemos destacar un caso en que la Cámara Nacional en lo Civil dispuso la cobertura total e integral de los tratamientos de equinoterapia e hidroterapia para un menor discapacitado -*con fundamento en que correspondía extender la cobertura a todas las prestaciones necesarias para el afiliado, pues la incidencia del mayor costo que pudiera pesar sobre la entidad privada, no podía primar sobre el derecho a la salud, que se hallaba garantizado por normas de jerarquía constitucional*-, el tribunal supremo revocó lo resuelto, afirmando que se efectuó un examen fragmentario de las normas aplicables y que no se analizaron las circunstancias singulares de la relación contractual que vinculaba a la entidad con la actora a través de un plan determinado de afiliación, así como a la aplicación al caso del PMO, y al límite de las sumas dinerarias a reintegrar al afiliado por determinadas prestaciones establecidas por la Administración de Programas Especiales, sosteniendo que se omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura de las prestaciones pretendidas por la afiliada y puestas en cabeza de la contratante[137].

En otro proceso, también referido, entre otras prestaciones, a la cobertura de equinoterapia e hidroterapia cuyo abono integral ordenó la Cámara Civil y Comercial Federal, el fallo fue

132 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4433/09 del 21.5.09; Sala II, causa 6802/09 del 15.3.10.
133 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 11238/09 del 22.3.12; íd. 851/13 del 5.9.13; íd. 7144/12 del 27.6.13; íd. 6209/17 del 14.11.17; íd. 3442/12 del 15.11.12; íd. Sala II, causa 11660/08 del 18.11.09; íd. Sala III, causas 6482/07 del 6.8.09 y 3427/14 del 7.10.14.
134 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 11050/09 del 4.5.10; íd. 7899/09 del 26.8.10; íd. Sala II, causa 7171/10 del 9.8.11; íd. Sala III, causa 3937/12 del 11.11.14; íd. 3937/12 del 11.12.12.
135 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 195/09 del 31.5.11; íd. causa 6482/07 del 6.8.09.
136 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3442/12 del 5.6.18 y su cita.
137 CSJN,, P, E.G y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo, causa N.° 320/14 50-P/CS1, del 12.4.16.

revocado por la Corte Suprema, sosteniendo que se exigía una especial consideración de la relación contractual que vinculaba a las partes mediante un "plan cerrado" de afiliación. Se agregó que el fallo se apoya en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecen desvinculadas de la concreta situación fáctica y de las disposiciones normativas y contractuales que directa e inmediatamente regulan el punto. Por otra parte, sostuvo que no podía soslayarse el informe de la Superintendencia de Servicios de Salud que precisaba que los agentes del seguro de salud se encuentran obligados a garantizar la cobertura siempre a través de prestadores propios o contratados y que no se hallan constreñidos a otorgar prestaciones que hayan sido indicadas por profesionales ajenos a su cartilla, todo lo cual acontecía en el caso, afirmando que en una reclamación fundada en la tutela del derecho a la salud no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales[138].

Discapacidad – Transporte especial

En lo referente al transporte especial, podemos también observar una curva jurisprudencial de evolución, que en sus inicios estableció una cobertura integral y prácticamente sin distinciones de acuerdo a lo reclamado, para luego ir precisando situaciones concretas y, particularmente, las normas que regulan el alcance de la asistencia que debe brindarse a las personas amparadas por las disposiciones de las leyes 22.431 y 24.901.

Al comienzo se decidió que la amplitud de las prestaciones previstas en la ley resultaba ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad. De modo que, encontrándose expresamente contemplado en su artículo 13 que "*los beneficiarios de la presente ley que se vean imposibilitados por diversas circunstancias de usufructuar del traslado gratuito en transportes colectivos entre su domicilio y el establecimiento educacional o de rehabilitación….tendrá derecho a requerir a su cobertura social un transporte especial, con el auxilio de terceros cuando fuere necesario*", la cobertura debía ser total e integral en función de lo pretendido[139].

A ello, se sumó el fundamento relativo a la plena aplicabilidad de los tratados internacionales en la materia, como así también que encontrándose en juego el derecho a la salud, de rango constitucional, la admisión de la pretensión es la que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección se pretende, que compromete la salud e integridad física de las personas[140].

Por su parte, también a los fines de otorgar la cobertura total de transporte especial, se hizo mérito del análisis de las particularidades del sistema en el que se inserta la relación de la obra social con el afiliado, destacándose que se trata de una relación jurídica compleja, basada en principios de solidaridad, integralidad, universalidad, igualdad y justicia distributiva, por lo que la negativa a lo requerido es incompatible con los fines que hacen a la existencia y funcionamiento de las obras sociales, que se encuentran enunciados en el texto de la ley 23.661[141].

En lo que respecta a las obligaciones asumidas por una obra social provincial –*en el caso IOMA*–, se resolvió que no solo en su ley orgánica se previó expresamente la obligación de realizar en la provincia de Buenos Aires "*todos los fines del Estado en materia médico*

138 CSJN, S., D c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo, causa N.° 851/2013 (49-S)/CS1, del 15.3.16.
139 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3873/03 del 27.5.03; íd. causa 12316/03 del 11.4.06; íd. Sala II, causa 11332/06 del 12.4.07.
140 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5578/09 del 22.12.09; Sala III, causa 5782/08 del 1.10.08; C.Fed. de La Plata, Sala II, causa 17887 del 8.5.12; C.Fed. de San Martín, Sala I, causa 1584/09 del 16.9.09.
141 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 10368/05 del 17.5.07.

asistencial para sus agentes", y en la ley provincial N.° 10.592 se estableció un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, sino que la propia ley provincial consagró el derecho a una protección integral de la discapacidad y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad para con quienes la padecieran, decidiéndose en función de ello la cobertura total, en consonancia con lo resuelto por la Corte Suprema[142].

Ampliando, a su vez, los fundamentos de tales decisorios, se dispuso que no resultaban atendibles las previsiones de la Resolución 428/99 que estableció el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas Discapacitadas, ni las disposiciones de la Resolución 400/99 Ministerio de Salud - Administración de Programas Especiales APE, que establece un programa para financiar el pago de las prestaciones que detalla, fijándose valores que resultan topes máximos a financiar, sosteniéndose que la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención "integral" y la obra social es la única obligada frente al beneficiario[143].

Luego, continuando con la admisión de los reclamos sin tope alguno, se argumentó que los efectores no habían demostrado que la cobertura del 100% del transporte especial pudiese comprometer su patrimonio, a punto tal de impedirles atender a sus demás beneficiarios y de esa forma, encontrarse imposibilitados de cumplir con sus objetivos[144], como así también que no se había demostrado la sinrazón del tratamiento (transporte incluido) prescripto por el médico de cabecera, o que la paciente no requiere de dicho transporte para concurrir al instituto educacional[145].

En otro orden de fundamentos, siguiendo la misma tendencia, se estableció, en atención a los agravios esgrimidos por los agentes del seguro de salud, que la función del certificado de discapacidad no es la de circunscribir taxativamente el derecho de la persona minusválida, ya que al tiempo en que la autoridad lo emite, no está en condiciones de anticipar las innumerables consecuencias que en el futuro tendrá la patología central inhabilitante, por lo que la cobertura de transporte especial debe ser integral[146]. Así también, con fundamento en la integralidad, los pactos internacionales, la protección de la salud y los métodos pertinentes para la rehabilitación establecidos en la ley, que resultaba procedente no sólo la cobertura de transporte, sino también las horas de espera, que debían agregarse al costo de esa prestación[147].

Entrando al análisis de otra de las controversias generadas en torno a la obligación del cubrir el transporte especial, podemos distinguir que se ha invocado reiteradamente que los padres del menor al que se le había indicado la prestación, habían adquirido un automóvil en virtud de la ley nacional N.° 19.279 *–que otorga franquicias para discapacitados–* y que en función de ello no podían beneficiarse con lo establecido en el art. 13 de la ley 24.901, alegándose entre otras razones, que las personas con discapacidad pueden acceder a tres sistemas para satisfacer sus necesidades de transporte, que resultan excluyentes: el transporte público gratuito, el transporte especial (*art. 13, ley 24.901*) y la eximición de pago de impuestos para adquirir un vehículo a favor del discapacitado (*ley 19.279*), por lo que este último podría ser conducido por terceros, inclusive el acompañante terapéutico y que darle un destino distinto al previsto por la ley implicaría defraudar al fisco.

142 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 2509/08 del 23.2.10 y su cita de doctrina CS in re "I.C.F. c/ Provincia de Buenos Aires" del 30.9.08.
143 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 7841/99 del 7.2.00; íd. causa 53/01 del 15.2.01; íd. causa 1782/01 del 19.4.01; íd. causa 12655/02 del 26.8.03; C.Fed. de San Martín, Sala II, causa 734/10 del 7.6.10.
144 CNFed. Civ. y Com., Sala I, cuas 5578/09 del 22.12.09; Sala III, causa 6357/08 del 4.8.11.
145 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 3294/09 del 5.12.17; íd. Sala I, causa 3434/08 del 22.11.11.
146 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 13258/06 del 15.9.11.
147 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 851/13 del 5.9.13.

Ante tales planteos, se decidió que la ley establece como único requisito para acceder a la cobertura de transporte especial, que el beneficiario se vea imposibilitado por diversas circunstancias de usufructuar del traslado gratuito en transportes colectivos, es decir que garantiza la prestación a quien se encuentre en las condiciones descriptas, lo cual no resulta incompatible con la adquisición de un vehículo automotor con la franquicia que prevé la ley 19.279, toda vez que ambas situaciones resultan *complementarias*[148].

Finalmente, en otros casos, ya en la misma época y con lineamientos que se extienden hasta la actualidad, se rechazaron reclamos por falta de indicación médica específica, aduciéndose que al margen de que el menor deba ser acompañado por uno de sus progenitores por su escasa edad, no se alegó la imposibilidad de usufructuar el traslado gratuito en transportes colectivos, ni se acompañó prescripción médica[149]. Asimismo, que el alcance de la protección acordada por la normativa se encuentra reglamentado por la Resolución 428/99, que aprueba el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, por lo que la cobertura pertinente deberá brindarse con arreglo a los topes previstos en dicha reglamentación, que establecen un valor específico por kilómetro recorrido entre el domicilio y el establecimiento educacional o el lugar donde se lleve a cabo el tratamiento de rehabilitación, debiendo, en su caso, adicionarse un 35% en concepto de dependencia (*ap. 2.3.2., inc. d) de la Res. 428/99*), en caso de que la persona con discapacidad requiera de la asistencia de un tercero para trasladarse, considerándose con ello cumplida la obligación a cargo del prestador[150].

En relación a lo decidido por la Corte Suprema, corresponde resaltar que en atención a la cobertura total del 100% de los costos acarreados por el transporte especial que una menor discapacitada requería desde su domicilio hasta la institución educativa y centro de rehabilitación que asistía y viceversa, decidida por la Cámara Federal de Córdoba, el Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia con fundamento en que no debió soslayarse un examen integral de las disposiciones aplicables, que incluyera no solo aquéllas establecidas de manera general en la ley 24.901, sino también una comprensión de la totalidad de las cláusulas concernientes, entre las que se encuentran la resolución 428/99 y sus modificatorias, en las que, en concreto, se impone la cobertura de un importe por kilómetro de traslado efectuado[151].

Respecto a la condena a abonar el 100% de la cobertura médico asistencial que el menor discapacitado requiera, incluyendo entre otros, los gastos de las derivaciones médicas que fueren necesarias, la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia lo decidió con fundamento en que la limitación de los valores establecidos a través del nomenclador (*Res. Min. Salud 428/99 y modificatorias*) resultaba contradictoria con la cobertura *total e integral* que deriva de la ley de discapacidad y que la no adhesión de la obra social al sistema de las leyes 23.660 y 23.661 no la eximía de la carga de adoptar las medidas a su alcance para lograr la realización de los derechos del discapacitado. La Corte Suprema revocó dicho decisorio, sosteniendo que la obra social tiene su propio régimen y que su reglamentación en lo concerniente a las prestaciones asistenciales para discapacitados se encuentra en línea con las disposiciones de la Res. 428/99, la cual fue dictada por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que es la autoridad de aplicación en la materia (*conf. art. 1 del dec. 1193/98 reglamentario de la ley 24.901*), y como tal, el encargado de enmarcar y regular la *atención integral* que prevé la ley citada.

148 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11052/08 del 27.5.10; íd. causa 12761/07 del 23.9.10; íd. causa 5480/10 del 14.10.10; íd. Sala II, causa 6147/09 del 30.9.11; íd. Sala I, causa 4486/12 del 13.9.12; íd. causa 11776/09 del 12.7.13; íd. causa 7571/12 del 22.10.13; C.Fed. de San Martín, Sala I, causa 699/12 del 30.10.12.
149 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 6076/04 del 23.11.04.
150 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3031/04 del 18.5.06; íd. causa 9173/11 del 27.12.12; íd. 10338/08 del 16.5.13.
151 CSJN, G, C.A. c/ Swiss Medical s/ ley de discapacidad" FCB 36650/2016/2/RH1, del 17.12.19.

Expresó que la Resolución 428/99 estableció los diferentes módulos de las prestaciones específicas, sus valores y una serie de limitaciones respecto de aquéllas, por lo que la cobertura ordenada, en la que podría incluirse gastos derivados de pasajes aéreos, para sí y acompañante, estadías en hoteles, viáticos, terapias y tratamientos no contemplados, etcétera, no resultaba razonable por desconocer la plataforma normativa citada, soslayando la competencia atribuida por ley a la autoridad de aplicación en la materia, para reglamentar el alcance de las prestaciones, y dejando en manos de los profesionales que atienden al menor y de sus progenitores la determinación de lo que ha de entenderse por *atención integral* contemplada en el sistema[152].

También en esa línea y considerando la cobertura integral, entre otras, del transporte especial desde el domicilio de la actora hasta el establecimiento educativo y centros de tratamiento, ordenada la Cámara Civil y Comercial Federal, el fallo fue revocado por la Corte Suprema, sosteniendo que se exigía una especial consideración de la relación contractual que vinculaba a las partes mediante un *plan cerrado* de afiliación; que el fallo se apoya en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecen desvinculadas de la concreta situación fáctica y de las disposiciones normativas y contractuales que directa e inmediatamente regulan el punto; que no podía soslayarse el informe de la Superintendencia de Servicios de Salud que precisaba que los agentes del seguro de salud se encuentran obligados a garantizar la cobertura siempre a través de prestadores propios o contratados y que no se hallan constreñidos a otorgar prestaciones que hayan sido indicadas por profesionales ajenos a su cartilla, todo lo cual acontecía en el caso, afirmando que en una reclamación fundada en la tutela del derecho a la salud, en esta clase de asuntos no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales[153].

Discapacidad – Escolaridad Común

De las divergentes posturas adoptadas por prestadores, beneficiarios y por los tribunales en los reclamos que fueron judicializados, no existieron mayores controversias en lo que hace a Centros Educativos Terapéuticos –CET–, e instituciones categorizadas que brindan algún tipo de prestación educativa. Por lo tanto, el análisis del presente capítulo se referirá exclusivamente a la Educación Inicial y Educación General Básica – Escolaridad Común en instituciones privadas. Estas prestaciones, si bien se encuentran previstas dentro de la ley 24.901, la discusión se centra en la obligación del agente del servicio de salud de tener que brindar aquellas, cuando también se encuentra establecida la posibilidad de concurrencia a escuelas públicas.

Al igual que en otras prestaciones relativas a personas discapacitadas, podemos mencionar que con antelación al dictado de la ley 24.901, la de escolaridad común no era objeto de judicialización. Comenzó a reclamarse luego de la vigencia de la ley y, en este caso, también el eje de la discusión con los prestadores se enfocó en el carácter social y no médico, lo que dio lugar a variadas soluciones.

Desde esta perspectiva, una de las controversias habituales, fue la invocación de imposibilidad de cobertura efectuada por los agentes del seguro de salud con fundamento en que la institución educativa no se encontraba inscripta en el Registro Nacional de Prestadores para la Atención de Personas con Discapacidad. Sobre este punto se decidió que si bien dicha

152 CSJN, V.I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario" FCR 11050512/2013/1/RH1 del 19.9.17; en igual sentido con relación a los límites a las prestaciones derivadas de las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación, A., G.E. y otro c/ OSDE s/ amparo ley 16.986, FCR 2604/2017/CA1-CS1, del 21.11.19.
153 CSJN, S., D c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo, 851/2013 (49-S)/CS1, del 15.3.16.

inscripción se trataba de un requisito para la celebración de contratos de prestación de servicios de salud con las obras sociales y entidades de medicina prepaga, en estos casos no estaba involucrada una relación de ese tipo, toda vez que se trataba de establecimientos educativos comunes, no dedicados a la atención de personas discapacitadas, por lo que no correspondía esa exigencia, y nada obstaba a que se preste la cobertura mediante reintegro de los montos abonados[154].

Específicamente en lo atinente a la admisión del reclamo, inicialmente se hizo mérito de la integralidad y amplitud de las prestaciones previstas por la ley 24.901; en la circunstancia de que la cobertura tanto de educación inicial, como de educación general básica en instituciones de escolaridad común, se hallaba expresamente prevista en la norma; en que resultaban de aplicación los tratados internacionales sobre la materia; y en la recomendación efectuada por el médico tratante. No se efectuaron mayores distinciones en relación a la institución privada que se requería y la posibilidad de que idéntica cobertura se preste en colegios públicos. En función de tales pautas, se hizo lugar principalmente a medidas cautelares, difiriendo el tratamiento de las objeciones planteadas para el momento del dictado de la sentencia definitiva, una vez producida la prueba[155].

En algunos supuestos, también para disponer la cobertura integral, se hizo una especial valoración de la prescripción médica, como así también que lo requerido no ocasionaba un grave perjuicio a la demandada, pero evitaba el agravamiento de las condiciones de vida del menor discapacitado. Por otro lado, se sostuvo que la demandada no había indicado la existencia de un establecimiento educacional alternativo, que cuente con vacantes, y la necesidad de asegurar la permanencia de la escolarización que ya estaba transitando, para evitar repercusiones negativas en su estado de salud o en su evolución adecuada en el proceso educativo[156].

Por otra parte, también se decidió que resultaba improcedente que la accionada niegue la prestación, que se limite a enumerar establecimientos públicos e intente invertir la carga de la prueba y colocarla en cabeza de la actora, cuando ese requisito no se encuentra impuesto por la ley 24.901, ni por Resolución 428/99 del Ministerio de Salud[157]. En otros casos se ponderó el interés superior de los infantes previstos en la Convención sobre Derechos del Niño y se resolvió en función de la recomendación expresa del médico tratante, que es el profesional idóneo en la materia y quien asume la responsabilidad en el tratamiento del menor discapacitado[158].

También existen antecedentes en los cuales, si bien se sostuvieron las pautas precedentes, fue precisado el alcance de la cobertura en las disposiciones de la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud que aprueba el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, cuyo texto establece que "…*las prestaciones de carácter educativo contempladas en este nomenclador, serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad…*". En función de ello y considerando que las obras sociales y entidades de medicina prepaga habían rehusado brindar la prestación y no habían aportado prueba de la existencia de escuelas de

154 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 3788/10 del 6.8.13.
155 CNFed. Civ y Com., Sala I, causa 8345/06 del 14.9.06; íd. causa 13001/06 del 8.5.07; íd. causa 4260/08 del 26.4.11; íd. Sala III, causa 10973/08 del 18.2.09; íd. causa 12116/08 del 4.6.09.
156 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 13669/07 del 6.11.08; íd. causa 1701/10 del 27.4.10; íd. Sala II, causa 2150/13 del 6.8.13; íd. causa 1503/17 del 14.11.17; íd. Sala III, causa 5324/10 del 23.3.10; íd. causa 1718/06 del 28.12.10; íd. causa 1301/10 del 6.6.13; íd. causa 5333/10 del 14.10.10.
157 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 3161/10 del 9.5.14; íd. Sala II, causa 6628/14 del 16.3.17.
158 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 8390/09 del 19.11.09; íd. causa 13669/07 del 24.8.10; íd. causa 2830/13 del 15.7.14; íd. causa 7027/14 del 27.10.15; íd. causa 7907/16 del 25.10.17; íd. causa 3102/17 del 7.11.17; íd. causa 7299/12 del 20.3.18.

oferta pública estatal, ni alternativas que pudieran atender a los requerimientos del menor discapacitado, debían brindar la cobertura hasta el límite fijado en el citado Nomenclador[159].

En otro orden de ideas, advertimos que contemporáneamente a las decisiones ya citadas, también se resolvió el rechazo de la pretensión, fundándose principalmente en que el médico tratante prescribió de manera general que el paciente debía concurrir a escolaridad común, sin recomendar un determinado establecimiento educativo, por sobre otros; en que no se había producido prueba para considerar viable el reclamo; y en el hecho que, habiéndose acreditado la existencia de oferta educacional estatal, no había sido impugnada, o bien no se había probado que fuera inadecuada para recibir al paciente[160]. Desestimándose en algún caso, rubros específicos de la facturación del establecimiento educativo que excedían las normas a las que la obra social debía sujetar su actuación (*por ejemplo, adicional obra edilicia*), o bien reintegros de lo abonado con antelación al reclamo efectuado al agente del seguro de salud, aun cuando luego se dispusiera su cobertura, toda vez que la falta de comunicación previa, le impidió ofrecer una prestación satisfactoria a las necesidades del menor y no correspondía hacer una apreciación comparativa en forma retroactiva[161].

Finalmente, en lo que respecta a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre este tema, cabe distinguir que inicialmente decidió, interpretando la ley de discapacidad y considerando que resultaban de aplicación las normas constitucionales citadas, que es carga de la parte demandada probar y poner a disposición una alternativa entre sus prestadores, o bien demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección efectuada por los padres del menor; que la elección de profesionales ajenos al sistema cerrado de la obra social, se integra con la extensión de la cobertura prevista por la ley y el vínculo con determinado profesional, puede no resultar indiferente, por lo que solo debía acreditarse la afiliación y la prescripción profesional respectiva, revocando en función de dichos fundamentos, el decisorio de la Cámara Civil y Comercial Federal, que había dispuesto que la escolaridad debía ser cumplida mediante el sistema público[162].

Empero, luego de ello, podemos detallar que en dos casos en los que la Cámara Civil y Comercial Federal, con remisión a los fundamentos de la causa 104/11 del 27.11.12 citada precedentemente, condenó a las obras sociales a hacerse cargo de la cobertura integral de escolaridad común de menores discapacitados, en los institutos privados a los que asistían, la Corte Suprema decidió su revocación indicando que el *a quo* consideró que la demandada no había ofrecido una alternativa a los actores, ni había demostrado la sinrazón de la elección, más omitió explicar por qué no era suficiente que la obra social haya puesto a su disposición el equipo de asistentes sociales para trabajar en conjunto para la elección de una escuela común pública cercana a su domicilio, ni haberles comunicado que de necesitar el menor algún tipo de apoyo dentro de dicho ámbito, le brindaría los prestadores contratados a tal fin.

También sostuvo que la Cámara tampoco indicó qué conducta debía asumir la demandada ante la reticencia de los progenitores a efectuar una búsqueda conjunta, o de qué modo debía concretarse el ofrecimiento de una alternativa, dado que se trataba de prestadores ajenos a la cartilla. Finalmente, consideró que el decisorio tuvo en consideración el informe médico que daba cuenta de la conveniencia de continuar en el mismo establecimiento educativo, pero prescindió de ponderar que se había invocado que no había diferencias relevantes entre las escuelas públicas y privadas a la hora de brindar la cobertura de escolaridad requerida, y que

159 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 6802/09 del 15.3.10; íd. 5423/16 del 3.10.17; íd. Sala III, causa 4214/14 del 12.7.16; íd. causa 3786/16 del 4.10.16; íd. causa 4983/16 del 13.12.16; íd. causa 3693/17 del 17.10.17; íd. causa 2376/15 del 27.4.17; íd. causa 1395/14 del 8.6.17; íd. causa 7370/17 del 22.5.18.
160 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 3675/09 del 12.6.12; íd. causa 7335/11 del 22.8.13; íd. causa 5558/10 del 3.12.13; íd. causa 6809/13 del 4.5.18; íd. causa 2920/16 del 13.7.18; íd. Sala III, causa 2932/10 del 8.3.18.
161 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 11951/08 del 11.9.12; íd. Sala I, causa 3430/10 del 13.5.14.
162 CSJN, R.D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo, R.104. XVLII, del 27.11.12.

en el establecimiento no existieran grupos reducidos de alumnos, cuando ello era lo aconsejado al menor[163].

Prótesis – Órtesis

El análisis de los conflictos suscitados por los reclamos de provisión de prótesis y órtesis se centra en tres puntos focales. Por un lado, en la aplicación de las disposiciones del PMO en la materia, la indicación por marca y modelo determinados en productos importados para los beneficiarios en general, y el tratamiento que se ha dado a estas cuestiones cuando, además, los requirentes poseen certificado de discapacidad y fundan su pretensión en las disposiciones de la ley 24.901.

Sobre el particular, advertimos que la jurisprudencia ha evolucionado con diferentes precisiones y variadas soluciones, admitiendo en un alto porcentaje los reclamos judiciales efectuados, sobre la base de los fundamentos que se detallan a continuación.

Así, en lo que respecta a la provisión y cobertura integral de estos elementos en personas discapacitadas *–en los términos de la ley 22.431 y 24.901–*, se ha decidido en primer término, que el marco normativo establecido en la Resolución 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación, que fijó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, tiene un ámbito de aplicación subjetivo y ajeno al caso, que debía ser resuelto en función de la integralidad prevista por la ley de discapacidad y considerando las consecuencias que pudieran derivarse respecto de la rehabilitación, educación e inserción social de un menor[164]. Agregándose, que debía ponderarse los específicos términos de la prescripción del médico tratante, como así también, que lo resuelto no ocasionaba un grave perjuicio a la demandada, pero evitaba un agravamiento de las condiciones de vida de la actora[165].

A efectos de conceder la provisión de la prótesis requerida para un discapacitado, también se consideró que no hubo una negativa fundada en razones médicas que contemplen las circunstancias destacadas por el especialista, y que la auditoría médica no hizo una valoración de la enfermedad y edad del reclamante[166], fundándose otros pronunciamientos, no solo en la discapacidad acreditada y la integralidad de la interpretación de las normas que la rigen[167], sino también, en las conclusiones del dictamen médico producido y del informe de la Superintendencia de Servicios de Salud, que expresó que si bien la regla es la prescripción de prótesis nacionales, también es cierto que la Auditoría Médica de la Obra Social debe evaluar juntamente con el médico tratante, ofreciendo la cobertura del 100% de una alternativa terapéutica acorde al problema de salud en tratamiento[168].

En otro orden, las decisiones tuvieron en cuenta, especialmente, la naturaleza de la discapacidad que presentaba el beneficiario, la urgencia de contar con la prótesis determinada y que la prescripción médica se adecuaba a la edad y patología del paciente[169], como así también se basaron en los categóricos dictámenes emitidos por el Cuerpo Médico Forense, fundados en principios técnicos, que avalaban la provisión de los elementos importados requeridos[170].

---

163 CSJN, M, F.G. y otro c/ OSDE s/ amparo de salud, CCF 2932/10/1/RH, del 10.8.17; íd., C.T., N c/OSDE s/ amparo de salud, CCF 9260/09/1/RH1, del 23.8.18.
164 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 1231/03 del 25.3.03.
165 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 4864/08 del 5.3.09.
166 CNFed. Civ. y Com., Sala de Feria, causa 11789/09 del 26.1.10.
167 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 2284/13 del 22.2.14.
168 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 1729/10 del 8.9.11.
169 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 8271/11 del 3.4.12; íd. causa 3721/14 del 19.2.15.
170 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4175/12 del 14.2.13; íd. causa 1161/13 del 4.7.17; íd. Sala III, causa 242/12 del 3.8.12.

Entre otros fundamentos, se resolvió, asimismo, que la Superintendencia de Servicios de Salud –S.S.S.– había intimado a la obra social a proveer la órtesis ultraliviana indicada por el médico tratante, que se habían acreditado diferencias con la ofrecida y que no se habían aportado fundamentos científicos para rebatir las conclusiones del referido profesional, o bien cuando se indicó expresamente que no hay un elemento nacional que pueda sustituir al prescripto[171]. En otro supuesto se ordenó el reintegro de los gastos por la adquisición del elemento protésico, con fundamento en el dictamen pericial, en el certificado del especialista, y en que no se probó la existencia en el mercado de una prótesis similar nacional[172].

En lo atinente a la admisión de los reclamos de prótesis importadas, por determinada marca, efectuada por beneficiarios *no* discapacitados, se decidió que la petición no adolece de sustento normativo, desde que la propia norma (*Res. 201/02 Ministerio de Salud*), establece que se admitirán prótesis importadas, cuando no exista similar nacional de ese elemento. De modo que únicamente se cuenta como elemento de juicio ponderable, con la indicación médica que consigna que es la idónea y que la demandada no aportó precisiones en orden a la mayor onerosidad que le irrogaría la prestación, en desmedro del costo de otras prótesis de plaza[173]. En esa misma línea, se hizo mérito de la enumeración no taxativa del Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE)[174], como así también que la demandada no puede poner trabas burocráticas alegando la existencia de genéricos iguales, cuando se está frente a la prescripción médica de un especialista y deben ponderarse normas de superior jerarquía, ya sea por el derecho a la salud de que se trata, como a la aplicación de los Tratados Internacionales en la materia[175].

Por otra parte y en esa misma línea de admisión de reclamos de prótesis determinadas, se efectuó no solo una valoración de la prescripción médica, sino también de los dictámenes emitidos por el Cuerpo Médico Forense, al que se le remitieron causas, ya sea por pedido de las partes, o bien ante situaciones de opiniones controvertidas, habiendo este último avalado la indicación técnica, y especialmente que ella fue realizada luego de una evaluación de la patología del paciente y en función de los materiales quirúrgicos que el galeno estima que mejores resultados brindará, siendo este último el responsable de la evolución del paciente a tratar[176].

Sobre el particular, el Cuerpo Médico Forense –CMF– ha señalado que *"…existe un unánime consenso entre los ortopedistas argentinos en cuanto a la superioridad de las prótesis importadas sobre las nacionales en lo que hace a la calidad de sus componentes y a la precisión del instrumental, lo que implica mejores resultados…"* habiendo dado ello sustento a decisiones sobre la viabilidad del pedido efectuado, como así también razones relativas a que la demandada únicamente ofrece un reemplazo invocando solo razones económicas, o bien que no aportó justificación científica que permita apartarse de la prescripción médica, ni demostró la inconveniencia o error de la indicación o, en su caso, directamente no ofreció alternativas[177].

---

171 CNFed., Civ. y Com., Sala III, causa 2284/13 del 20.2.14; íd. 1097/15 del 13.8.15.
172 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 5699/10 del 17.2.17.
173 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 10018/05 del 14.2.06.
174 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 7802/07 del 20.11.07.
175 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 11014/07 del 19.2.07; íd. causa 9764/07 del 26.2.08; íd. Sala I, causa 5286/08 del 14.10.08.
176 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 33/08 del 6.5.08; íd. causa 1923/16 del 23.9.16; Sala II, causa 8132/08 del 19.2.09; Sala I, causa 3100/14 del 9.12.14; íd. 65115/14 del 30.12.14; íd. 3362/14 del 20.4.17; íd. 8498/16 del 22.6.17.
177 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 7958/09 del 1.10.09; íd. causa 6330/09 del 13.10.09; íd. causa 4494/10 del 18.3.14; íd. causa 2202/08 del 22.2.18; íd. Sala II, causa 10436/06 del 13.4.10; íd. causa 7636/09 del 11.5.10; íd. Sala III, causa 9352/09 del 30.6.11; íd. causa 65059/14 del 18.8.15; íd. causa 7729/15 del 6.4.16; íd. Sala de Feria, causas 58/10 del 27.7.10; íd.10444/09 del 21.1.10.

Finalmente, en forma contemporánea a las decisiones detalladas, también se han decidido rechazos considerando diferentes factores. Por un lado –*en un caso de discapacidad*–, en lo que hace a prótesis y órtesis de uso externo, se revocó una orden de cobertura del 100% con fundamento en que el Programa Médico Obligatorio previó una cobertura del 50% en estos elementos, siendo el monto máximo a erogar por el Agente del Seguro de Salud el de menor cotización en plaza, lo cual resultaba aplicable también al Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad[178].

En otro supuesto, tratándose de un menor discapacitado, también se resolvió que la prestación quedará satisfecha con el modelo de implante ofrecido por la obra social, salvo que la demandante demostrare acabadamente que ella está contraindicada en el caso, como asimismo, que la cirugía debía realizarse con un profesional y en una institución que pertenezcan a su nómina de prestadores, ya que no se podía sostener que éstos no resulten idóneos para brindar la cobertura, o que el médico tratante sea el único capaz de llevar adelante la operación[179]. Se hizo mérito, además de ello, de las expresas previsiones del PMOE[180].

Entre otros fundamentos para rechazar medidas cautelares, se sostuvo que ante la precisión de la normativa aplicable, no se contaban con suficientes elementos para dar sustento a la verosimilitud del derecho invocado, en cuanto se requería un elemento determinado que excedía la previsión de la norma, por lo que era necesario un amplio debate y prueba suficiente para decidir sobre el particular[181]; como así también, que tratándose de una medida innovativa, correspondía su análisis con mayor cautela, por lo que, con remisión a lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense, se estimó que no había peligro en la demora[182].

Así también, se resolvió que no se trata de que el poder jurisdiccional adopte una decisión apartándose de lo que indican los profesionales de la ciencia médica, ya que la decisión no versa sobre el elemento en cuestión, sino sobre la obligación de la demandada de satisfacer el reclamo, y no existían elementos probatorios suficientes para apartarse de la normativa, a la que correspondía atenerse[183].

Prestaciones varias – Responsabilidad a cargo del Estado Nacional

Los precedentes que se consignan a continuación, tratan la responsabilidad del Estado Nacional en su carácter de garante último del derecho a la salud.

En principio, se ha establecido reiteradamente, que es obligación impostergable de la autoridad pública preservar el derecho a la salud, garantizándolo con acciones positivas –*en el caso, la provisión de medicación a un menor hasta tanto se dirima el amparo interpuesto*–, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, por lo que el Estado Nacional no puede desentenderse de su obligación de preservar el derecho a la salud, so pretexto de la inactividad de otras entidades –*públicas o privadas*–, pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten. Esto así, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes

178 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 5289/03 del 17.7.03.
179 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 10953/05 del 4.5.06.
180 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 13349/06 del 14.6.07.
181 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 770/06 del 6.6.06; íd. Sala II, causa 4334/10 del 17.11.10; íd. causa 8156/10 del 22.3.11.
182 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 12631/07 del 15.4.08.
183 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 8156/10 del 22.3.11; íd. Sala III, causa 7442/16 del 14.6.18.

organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud.

En función de ello y con remisión a las pautas fijadas por la Corte Suprema[184] se rechazó la afirmación del Estado Nacional, en cuanto a que no se encontraba legitimado en el reclamo, que no podía ser recipiendario gravado de la medida cautelar apelada, dado que "*es la provincia (Santa Fe) la jurisdicción competente, en razón del domicilio del amparista, y la única obligada a entregar los medicamentos solicitados*". Asimismo, se rechazó el argumento que el Estado Nacional interviene en el Sistema de Salud sólo en forma subsidiaria y que no es su función brindar directamente la prestación médico-asistencial requerida, ordenándole la cobertura de las prestaciones reclamadas[185].

En otros casos, además de los fundamentos expuestos, se sostuvo que es procedente la acción de amparo deducida para que el Estado Nacional continúe con el suministro de la medicación, por cuanto no se puede invocar la afectación de los recursos presupuestarios nacionales frente a la mera posibilidad de que el menor sufra la falta de asistencia médica y atención sanitaria requeridas, de acuerdo con la patología que padece, desde que dicha circunstancia configura una amenaza cierta y actual al derecho a la salud *–y, en última instancia, a la vida–* de aquél.

Se agregó que existe una "*relación condicionante entre la Ley de Presupuesto -`la ley de leyes'- y la efectiva protección y operatividad de las garantías constitucionales*", con lo que va dicho que es inadmisible afectar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales mediante la simple invocación de una insuficiente asignación presupuestaria[186].

Sobre las bases de estas pautas, se resolvió en innumerables casos que el Estado Nacional debía otorgar la cobertura de las prestaciones de salud reclamadas, como así también en otros que, encontrándose el amparista afiliado a una obra social, ella es la principal responsable de brindar su cobertura de salud, siendo el Ministerio de Salud el garante subsidiario de tal obligación. Sobre tales bases, se expresó que no surgía de los procesos, respecto de esta última demandada, la configuración de actos u omisiones manifiestamente arbitrarios e ilegítimos que le puedan ser imputados; tampoco se ha acreditado la inexistencia de otros remedios judiciales o administrativos más idóneos para la tutela del derecho invocado, y que no estaba demostrada la insuficiencia, a los fines perseguidos, de la promoción de reclamos administrativos o de las acciones ordinarias previstas en el Código Procesal y, eventualmente, las medidas cautelares allí contempladas, pues la posibilidad de que por medio de esas vías la peticionaria pueda probar con mayor amplitud los extremos que hacen a su derecho *–lo cual está vedado en el amparo–* determina que ellos sean más aptos para la tutela que aquí se persigue[187].

En virtud de ello y sin perjuicio de destacarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor que compete al Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, como autoridad de aplicación de la ley 23.661, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios, teniendo en cuenta que su responsabilidad es subsidiaria a la obligación principal de la obra social y de la prepaga quienes son las que deben otorgar en

184 CSJN, Fallos: 323:3229, considerando 16; 324:3569, considerando 13.
185 CNFed. Civ. y Com. Sala II, causa "G., S. M. c. Estado nacional" del 30/09/2003. Cita Online: AR/JUR/6984/2003; CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 42/05 del 1.12.05; íd. 15218/04 del 24.10.06; íd. 4000/07 del 13.5.08; íd. 5114/02 del 26.12.02; íd. Sala III, causas 7837/04 del 20.10.05; 5710/06 del 15.11.06; íd. 7919/07 del 9.8.07.
186 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa "R, M. A. y otro v. Estado Nacional", del 15/03/2007. Cita Online: 35011165.
187 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 2093/99 del 17.06.99; 5483/00 del 14.09.00.

principio las prestaciones[188], se desestimaron demandas entabladas en su contra en esas condiciones.

Ahora bien, entrando específicamente a las prestaciones de discapacidad, se advierten una serie de reclamos efectuados en forma directa y excluyente contra la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas y el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con discapacidad, que dieron lugar también a variadas soluciones por la jurisprudencia.

Así, haciéndose mérito de que el actor no había acreditado haber reclamado contra la obra social de la cual es afiliado, ni que ésta no otorga la cobertura integral de la prestación que se pretende, ni había sido demandada, se rechazaron reclamos, considerando que la responsabilidad del Estado Nacional asume un carácter subsidiario, condicionado a la falta de respuesta favorable por parte de aquella institución[189]. En base a estos fundamentos, también se rechazó *in limine* un amparo[190].

También, se ponderó que si bien se había acreditado el reclamo contra la obra social, no se había hecho lo propio con constancia o documental alguna que compruebe que aquélla no otorgaba la cobertura total de la prestación, por lo que en mérito a ello y a los fundamentos indicados en las causas precedentes, también se desestimó la pretensión[191]. En otro supuesto el rechazo se basó en que no se encontraban cumplidos los recaudos del art. 4 de la ley 24.901, en tanto no se había acreditado la falta de afiliación a una obra social, así como la imposibilidad de afrontar por sí las prestaciones[192].

En lo que hace a los precedentes que admitieron los reclamos incoados en esa forma, considerando que se había acreditado que el subsidio que otorgaba el prestador no alcanzaba para cubrir el costo de la prestación, y haciendo mérito de la integralidad establecida por la ley de discapacidad, se ordenó la cobertura por el Estado Nacional tanto de los gastos correspondientes al centro educativo al que concurría el actor, como así también, la regularización de los meses adeudados[193], limitando en otro caso, el abono a cargo del Estado, a la diferencia entre el costo de la institución y lo que pagaba por tal concepto la obra social[194].

Contemporáneamente, en otros precedentes, se expresó que no solo correspondía hacer prevalecer el derecho invocado, en virtud de las disposiciones de la ley 24.901, sino que no podía inferirse que esta ley otorgue al Estado la posibilidad de incumplirla por intermedio de sus organismos descentralizados, como así también que no correspondía la formulación de cuestiones de deslinde de jurisdicción entre el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires[195]. Y en algún supuesto, se consideró viable el reclamo en función de estos fundamentos, más se rechazó la regularización de los meses adeudados, considerándose que el legitimado para reclamar ello sería el Instituto que brinda la prestación[196]. O bien que no

188 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 13675/07 del 7.6.11; Sala II, causa 9307/09 del 28.6.10.
189 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 12956/06 del 13.3.07; íd. causa 12959/06 del 8.5.07.
190 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa "L., F. D. c. Comisión Nac. Asesora para la integr. de las personas discapac. y otro" del 17/07/2007. Cita Online: AR/JUR/9031/2007.
191 CNFed. Sala I, causa 12950/06 del 27.11.07; íd. 12954/06 del 29.5.08.
192 CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 12924/06.
193 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 12955/06 del 27.4.07; íd. 3993/07 del 24.11.11.
194 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 13048/06 del 12.8.08.
195 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 8163/07 del 26.2.08; íd. causa 13672/06 del 30.10.08; íd. causa 9628/09 del 3.8.10; íd. causa "E., B.G. c/ Comisión Nac. Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas" del 29.5.12, cita online AP/JUR/3250/2012; íd. Sala III, causa 4864/07 del 9.10.08.
196 CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa "Alaniz, Rodrigo c/ Comisión Nac. Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas" del 30.5.09, cita online AR/JUR/17298/2009.

correspondía la regularización de la deuda anterior, por no haberse demostrado que existiera peligro de interrupción de las prestaciones[197].

Finalmente, en lo atinente a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia sobre este tema, debe destacarse que, en un principio, con fundamento en que los actores no habían acompañado constancia o documentación alguna que acredite *–tal como lo sostenían en la demanda–* que la Obra Social del Instituto de Previsión Social de Tucumán, de la cual el menor era afiliado, no otorgara el tipo de prestaciones que pretendía, se rechazó *in limine* la demanda, considerándose que la acción de amparo asume respecto del Estado Nacional y la Provincia de Tucumán un carácter subsidiario, condicionada a la falta de respuesta favorable por parte de aquella institución.

A su vez, sostuvo que al recibir el pedido efectuado por los padres del menor el Estado local les informó que la atención, implementación, ejecución y supervisión del programa de Políticas Sociales Comunitarias se encomendó a la Secretaría General de Políticas Sociales, por lo que las gestiones vinculadas con el otorgamiento debían canalizarse a través de ella, y que en cuanto al pedido de transporte debía ser efectuado ante la Dirección de Transporte de la provincia. De ahí, pues, que estas manifestaciones no implicaban un rechazo definitivo de la petición, ya que no cancelaban la posibilidad de solicitar un pronunciamiento expreso sobre su reclamo para el caso de que la respuesta o el silencio, puedan ser fundadamente calificados como portadores de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta[198].

Luego, en el caso que se rechazó *in limine* la acción promovida por el afiliado a IOMA, que reclamó contra la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad con el objeto de que se le reconozca el derecho a la cobertura total de las prestaciones que le brinda un instituto de educación especial, decidió revocar el pronunciamiento de la Cámara Civil y Comercial Federal, expresando que el *a quo* sostuvo, como único fundamento, que en virtud de lo resuelto en la causa "*Agüero, María Magdalena y otro c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ acción de amparo*", del 6 de diciembre de 2005 (*Fallos: 328:4303*), el Estado Nacional demandado asumía en la acción incoada un carácter subsidiario, condicionado a la falta de respuesta favorable por parte de la obra social, contra la cual no estaba dirigida la acción y quien sería el deudor principal. De tal modo, estimó que la sentencia impugnada adolecía de un rigorismo formal injustificado que no se compadece con los fines de la institución del amparo, particularmente pertinente en materias como las que trata el *sub lite* relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física[199]. Ello es así, pues la actora sostuvo que la obra social se hacía cargo parcialmente de los gastos que originaban las prestaciones señaladas y, por eso, accionó únicamente contra los dos organismos del Estado Nacional en procura de la diferencia necesaria para gozar de una cobertura integral. En estas condiciones, sostuvo que las conclusiones del *a quo* aparecen como una aplicación mecánica del precedente "*Agüero*" al *sub lite*, sin examinar adecuadamente los alcances de la pretensión de la accionante ni las particularidades del planteo de la litis. De tal modo, advirtió que la Cámara no dio al litigio un tratamiento acorde con los términos en que fue deducido[200].

Tiempo después, en relación a la cobertura total de las prestaciones que la actora requiere con motivo de su discapacidad condenando al Servicio Nacional de Rehabilitación y a la

197 CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 12955/06 del 15.10.10.
198 CSJN, causa A. 1646.XLI, Agüero, María Magdalena y otro c. Provincia de Tucumán y otros del 06/12/2005. Cita Fallos Corte: 328:4303, Cita Online: AR/JUR/5356/2005; íd. causa C.645, XXXVII, Originario "Chena, Patricia Susana y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo", sentencia del 13 de noviembre de 2001, publicada en Fallos: 324:3846 (LA LEY, 2002-B, 28.
199 CSJN, arg. Fallos: 330:4647, considerando 4°; Fallos: 328:4640, voto del juez Lorenzetti, considerando 3°.
200 CSJN, P., S. E. c. Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro, del 27/05/2009, Fallos:332:1200, Cita Online: AR/JUR/13105/2009.

Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas, decidida en dos casos análogos por la Cámara Civil y Comercial Federal, con fundamento en que la ley 24.901 instituía un sistema cuya amplitud resultaba ajustada a la finalidad de la norma, por lo que la solución favorable al reclamo era la que mejor se correspondía con la naturaleza del derecho a la salud, como así también que impedía toda inferencia por la cual se otorgara al Estado Nacional la posibilidad de incumplirla por intermedio de sus organismos descentralizados, o de plantear cuestiones de deslinde de jurisdicción entre aquél y un gobierno provincial, la Corte Suprema también revocó dichos decisorios, recordando que la ley 24.901 en su art. 3 estableció que "*El Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los siguientes servicios…*", mientras que en su art. 4 prescribió que "*Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado*".

En función de ello, expresó que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma, y que es la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes, de modo que no puede admitirse la interpretación dada por la Cámara, consistente en atribuir, sin más, la obligación de brindar la cobertura al Estado Nacional, soslayando para ello que, en el caso, no se encuentran cumplidos los requisitos exigidos en el mismo ordenamiento en que se sustenta el reclamo, consistentes en la falta de afiliación de la actora a una obra social, como a la imposibilidad de afrontar por sí las prestaciones que solicita. Tal solución, acotó, importaría prescindir del texto legal, a un supuesto expresamente excluido por el legislador, mediante consideraciones que exceden las circunstancias que expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación, debe ser directamente aplicada[201].

201 CSJN, P, A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo, causa 289/2014 (50-P)/CS1, del 16.6.15; "S., J.L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. De Personas Discapac. y otro s/ amparo" CCF 12922/2006/CA2- CS1, del 5.12.17.

CONCLUSIÓN

El fenómeno de la judicialización del derecho a la salud preocupa tanto a las autoridades de los gobiernos nacional, provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como a los proveedores de los servicios, por el impacto que la resolución de los conflictos individuales puede producir en el sistema de salud.

En las últimas décadas en Argentina, desde un punto de vista cuantitativo, los reclamos judiciales tuvieron un crecimiento exponencial.

Pero mayor significación tiene el aspecto que nosotros llamamos cualitativo, que se refiere a la prestación de salud que se peticiona mediante estos procesos de amparo, principalmente en la última etapa del período considerado en este trabajo.

La evolución de la jurisprudencia de los tribunales argentinos que ha sido analizada y clasificada con relación a las prestaciones médico asistenciales que generalmente se reclaman ante la justicia, son muestra de los cambios que en el ámbito del Poder Judicial se producen en procura de mantener el delicado y complejo equilibrio que debe lograrse entre el derecho a la salud reclamado y amparado por el ordenamiento jurídico, y la ponderación de la sustentabilidad desde el punto de vista financiero, eficiencia e igualdad, del sistema sanitario.

Como surge de este trabajo, la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en estos casos, es desde un punto de vista cuantitativo reducida, aunque resulta de suma trascendencia para los tribunales inferiores, por ser el último intérprete del derecho constitucional a la salud.

En este orden de ideas, se puede concluir de los antecedentes analizados, en cuanto a lo que importa para este trabajo, cuatro definiciones claras referidas al alcance del derecho a la salud.

Por una parte, la Corte Suprema ha dejado sentado en forma invariable que reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud. Empero, también, que en nuestro ordenamiento jurídico tal derecho de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución, no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia. Este concepto básico siempre es necesario recordarlo.

Por otra parte, el Alto Tribunal estableció que no existe obligación de los agentes de salud o del Estado de brindar cobertura de *tratamientos experimentales*, con fundamento en la falta de regulación de la autoridad sanitaria, en la imposibilidad de establecer la eficacia por encontrarse en etapa de investigación y en cuestiones relativas al financiador, considerándose que los ensayos clínicos deben estar subvencionados por los organismos públicos o privados involucrados en la investigación (patrocinador).

Asimismo, fijó el alcance de lo que ha de entenderse como *atención integral* relativo a las prestaciones por discapacidad, determinando, como principio, la razonabilidad de la aplicación del límite establecido por la autoridad de aplicación mediante la Resolución 428/99 –y sus sucesivas modificaciones–, que aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.

En lo atinente a la ley de Fertilización Humana Asistida, interpretó la cantidad de intentos de procedimientos de alta complejidad previstos por la norma y desestimó el pedido de cobertura

del *"diagnóstico genético preimplantacional"*, sosteniendo que no está incluido en las técnicas y procedimientos que los prestadores tienen que brindar con carácter obligatorio, y que aun cuanto la regulación prevé incluir nuevos procedimientos mediante avances técnico científicos, esa alternativa sólo es viable cuando sea autorizado por la Autoridad de aplicación.

Diferente es la conclusión que surge de la jurisprudencia de los tribunales inferiores en Argentina.

Como se verifica del análisis de los casos descritos, esa tendencia al reconocimiento del derecho a la salud dentro del marco del delicado equilibrio con los factores sociales, económicos y de comprobación científica, no es constante.

En este sentido la Corte ha invalidado en muchas oportunidades pronunciamientos al considerar que se había efectuado un examen fragmentario de las normas aplicables, y determinó que en esos casos la decisión se había apoyado en afirmaciones dogmáticas que le dan un fundamento solo aparente. Especialmente, así se determinó en los casos que se tomaron decisiones invocando la protección del derecho individual a la salud bajo el amparo del conjunto de normas internas y del derecho internacional que lo reconocen, pero con prescindencia de las particularidades que cada caso presenta.

Si bien de la lectura de los casos en estudio es posible sostener que no existe una jurisprudencia uniforme en la materia de los tribunales inferiores, se puede establecer igualmente una tendencia en el criterio adoptado en la resolución de estos asuntos en materia de salud, con relación a las siguientes prestaciones médico asistenciales.

Se ha decidido, como regla, la sujeción del costo de las prestaciones de discapacidad al límite del Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas Discapacitadas y el rechazo al reconocimiento de tratamientos experimentales, ambos en consonancia con lo resuelto por la Corte. Por otra parte, también, en general, ha sido sostenida la siguiente doctrina: la cobertura a través de prestadores contratados por los agentes de salud y no ajenos a éstos; límite en reconocimiento de prestaciones cuando no se halla probada su seguridad y eficacia; limitación temporal en la criopreservación de embriones; rechazo de solicitud de transporte particular para discapacitados cuando puede usufructuarse el transporte público gratuito; la cobertura de prótesis nacionales de precio sustancialmente menor a las importadas, cuando fuesen adecuadas para el tratamiento requerido; la intervención del Cuerpo Médico Forense frente a casos de duda razonable respecto de la seguridad y eficacia de los tratamientos pedidos; y el rechazo de la cobertura integral de escolaridad común de menores discapacitados en los institutos privados, cuando existe adecuada oferta pública estatal.

Sin dudas, una adecuada regulación –*como fue la fijación de los límites económicos de las prestaciones para discapacitados, el acuerdo de precios para medicamentos de alto costo –vgr. spinraza–, hormona de crecimiento, fertilización asistida, o las pautas para la admisión de prótesis importadas, etc.*-, resulta la más adecuada forma de lograr mayor eficacia y equilibrio del sistema, aún cuando las prestaciones son reclamadas judicialmente. A través de la jurisprudencia citada, muestran los cambios que se producen en este sentido con un régimen regulatorio apropiado, verificándose además una sustancial disminución de la litigiosidad de la materia regulada.

En este sentido, a modo de ejemplo sería positivo avanzar en el proyecto de la creación de la AGNET o sobre las propuestas de creación de un reaseguro eficiente y de alcance general para todos los efectores del sistema, para las enfermedades cuyo tratamiento insumen un alto costo de financiamiento, dado que reducirían la cantidad de reclamos judiciales o, en su caso, brindaría mayores elementos de prueba para que los jueces puedan decidir ponderando todos los intereses en juego.

Si bien no se halla consolidada aún jurisprudencia uniforme, los fallos analizados muestran una evolución orientada a lograr un razonable equilibrio entre los intereses que deben ponderarse para la solución de estos asuntos en materia de salud, dentro de los límites que le competen al Poder Judicial.

DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN DEL SOUTH CENTRE

No.	Date	Title	Authors
1	November 2005	Overview of the Sanitary and Phytosanitary Measures in QUAD Countries on Tropical Fruits and Vegetables Imported from Developing Countries	Ellen Pay
2	November 2005	Remunerating Commodity Producers in Developing Countries: Regulating Concentration in Commodity Markets	Samuel G. Asfaha
3	November 2005	Supply-Side Measures for Raising Low Farm-gate Prices of Tropical Beverage Commodities	Peter Robbins
4	November 2005	The Potential Impacts of Nano-Scale Technologies on Commodity Markets: The Implications for Commodity Dependent Developing Countries	ETC Group
5	March 2006	Rethinking Policy Options for Export Earnings	Jayant Parimal
6	April 2006	Considering Gender and the WTO Services Negotiations	Meg Jones
7	July 2006	Reinventing UNCTAD	Boutros Boutros-Ghali
8	August 2006	IP Rights Under Investment Agreements: The TRIPS-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest	Ermias Tekeste Biadgleng
9	January 2007	A Development Analysis of the Proposed WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting and Cablecasting Organizations	Viviana Munoz Tellez and Andrew Chege Waitara
10	November 2006	Market Power, Price Formation and Primary Commodities	Thomas Lines
11	March 2007	Development at Crossroads: The Economic Partnership Agreement Negotiations with Eastern and Southern African Countries on Trade in Services	Clare Akamanzi
12	June 2007	Changes in the Governance of Global Value Chains of Fresh Fruits and Vegetables: Opportunities and Challenges for Producers in Sub-Saharan Africa	Temu A.E and N.W Marwa
13	August 2007	Towards a Digital Agenda for Developing Countries	Dalindyebo Shabalala
14	December 2007	Analysis of the Role of South-South Cooperation to Promote Governance on Intellectual Property Rights and Development	Ermias Tekeste Biadgleng
15	January 2008	The Changing Structure and Governance of Intellectual Property Enforcement	Ermias Tekeste Biadgleng and Viviana Munoz Tellez
16	January 2008	Liberalization of Trade in Health Services: Balancing Mode 4 Interests with	Joy Kategekwa

		Obligations to Provide Universal Access to Basic Services	
17	July 2008	Unity in Diversity: Governance Adaptation in Multilateral Trade Institutions Through South-South Coalition-Building	Vicente Paolo B. Yu III
18	December 2008	Patent Counts as Indicators of the Geography of Innovation Activities: Problems and Perspectives	Xuan Li
19	December 2008	WCO SECURE: Lessons Learnt from the Abortion of the TRIPS-plus-plus IP Enforcement Initiative	Xuan Li
20	May 2009	Industrialisation and Industrial Policy in Africa: Is it a Policy Priority?	Darlan F. Marti and Ivan Ssenkubuge
21	June 2009	IPR Misuse: The Core Issue in Standards and Patents	Xuan Li and Baisheng An
22	July 2009	Policy Space for Domestic Public Interest Measures Under TRIPS	Henning Grosse Ruse – Khan
23	June 2009	Developing Biotechnology Innovations Through Traditional Knowledge	Sufian Jusoh
24	May 2009	Policy Response to the Global Financial Crisis: Key Issues for Developing Countries	Yılmaz Akyüz
25	October 2009	The Gap Between Commitments and Implementation: Assessing the Compliance by Annex I Parties with their Commitments Under the UNFCCC and its Kyoto Protocol	Vicente Paolo Yu III
26	April 2010	Global Economic Prospects: The Recession May Be Over But Where Next?	Yılmaz Akyüz
27	April 2010	Export Dependence and Sustainability of Growth in China and the East Asian Production Network	Yılmaz Akyüz
28	May 2010	The Impact of the Global Economic Crisis on Industrial Development of Least Developed Countries	Report Prepared by the South Centre
29	May 2010	The Climate and Trade Relation: Some Issues	Martin Khor
30	May 2010	Analysis of the Doha Negotiations and the Functioning of the World Trade Organization	Martin Khor
31	July 2010	Legal Analysis of Services and Investment in the CARIFORUM-EC EPA: Lessons for Other Developing Countries	Jane Kelsey
32	November 2010	Why the IMF and the International Monetary System Need More than Cosmetic Reform	Yılmaz Akyüz
33	November 2010	The Equitable Sharing of Atmospheric and Development Space: Some Critical Aspects	Martin Khor
34	November 2010	Addressing Climate Change through Sustainable Development and the Promotion of Human Rights	Margreet Wewerinke and Vicente Paolo Yu III

35	January 2011	The Right to Health and Medicines: The Case of Recent Negotiations on the Global Strategy on Public Health, Innovation and Intellectual Property	Germán Velásquez
36	March 2011	The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries	Gurdial Singh Nijar
37	March 2011	Capital Flows to Developing Countries in a Historical Perspective: Will the Current Boom End with a Bust?	Yılmaz Akyüz
38	May 2011	The MDGs Beyond 2015	Deepak Nayyar
39	May 2011	Operationalizing the UNFCCC Finance Mechanism	Matthew Stilwell
40	July 2011	Risks and Uses of the Green Economy Concept in the Context of Sustainable Development, Poverty and Equity	Martin Khor
41	September 2011	Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing	Carlos M. Correa
42	December 2011	Rethinking Global Health: A Binding Convention for R&D for Pharmaceutical Products	Germán Velásquez and Xavier Seuba
43	March 2012	Mechanisms for International Cooperation in Research and Development: Lessons for the Context of Climate Change	Carlos M. Correa
44	March 2012	The Staggering Rise of the South?	Yılmaz Akyüz
45	April 2012	Climate Change, Technology and Intellectual Property Rights: Context and Recent Negotiations	Martin Khor
46	July 2012	Asian Initiatives at Monetary and Financial Integration: A Critical Review	Mah-Hui (Michael) Lim and Joseph Anthony Y. Lim
47	May 2013	Access to Medicines and Intellectual Property: The Contribution of the World Health Organization	Germán Velásquez
48	June 2013	Waving or Drowning: Developing Countries After the Financial Crisis	Yılmaz Akyüz
49	January 2014	Public-Private Partnerships in Global Health: Putting Business Before Health?	Germán Velásquez
50	February 2014	Crisis Mismanagement in the United States and Europe: Impact on Developing Countries and Longer-term Consequences	Yılmaz Akyüz
51	July 2014	Obstacles to Development in the Global Economic System	Manuel F. Montes
52	August 2014	Tackling the Proliferation of Patents: How to Avoid Undue Limitations to Competition and the Public Domain	Carlos M. Correa
53	September 2014	Regional Pooled Procurement of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
54	September 2014	Innovative Financing Mechanisms: Potential Sources of Financing the WHO Tobacco Convention	Deborah Ko Sy, Nirmalya Syam and Germán Velásquez

55	October 2014	Patent Protection for Plants: Legal Options for Developing Countries	Carlos M. Correa
56	November 2014	The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) Protocol on Patents: Implications for Access to Medicines	Sangeeta Shashikant
57	November 2014	Globalization, Export-Led Growth and Inequality: The East Asian Story	Mah-Hui Lim
58	November 2014	Patent Examination and Legal Fictions: How Rights Are Created on Feet of Clay	Carlos M. Correa
59	December 2014	Transition Period for TRIPS Implementation for LDCs: Implications for Local Production of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
60	January 2015	Internationalization of Finance and Changing Vulnerabilities in Emerging and Developing Economies	Yılmaz Akyüz
61	March 2015	Guidelines on Patentability and Access to Medicines	Germán Velásquez
62	September 2015	Intellectual Property in the Trans-Pacific Partnership: Increasing the Barriers for the Access to Affordable Medicines	Carlos M. Correa
63	October 2015	Foreign Direct Investment, Investment Agreements and Economic Development: Myths and Realities	Yılmaz Akyüz
64	February 2016	Implementing Pro-Competitive Criteria for the Examination of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa
65	February 2016	The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors: Challenges and Considerations for African Countries	Kinda Mohamadieh and Daniel Uribe
66	March 2016	The Bolar Exception: Legislative Models And Drafting Options	Carlos M. Correa
67	June 2016	Innovation and Global Intellectual Property Regulatory Regimes: The Tension between Protection and Access in Africa	Nirmalya Syam and Viviana Muñoz Tellez
68	June 2016	Approaches to International Investment Protection: Divergent Approaches between the TPPA and Developing Countries' Model Investment Treaties	Kinda Mohamadieh and Daniel Uribe
69	July 2016	Intellectual Property and Access to Science	Carlos M. Correa
70	August 2016	Innovation and the Global Expansion of Intellectual Property Rights: Unfulfilled Promises	Carlos M. Correa
71	October 2016	Recovering Sovereignty Over Natural Resources: The Cases of Bolivia and Ecuador	Humberto Canpodonico
72	November 2016	Is the Right to Use Trademarks Mandated by the TRIPS Agreement?	Carlos M. Correa
73	February 2017	Inequality, Financialization and Stagnation	Yılmaz Akyüz

74	February 2017	Mitigating the Regulatory Constraints Imposed by Intellectual Property Rules under Free Trade Agreements	Carlos M. Correa
75	March 2017	Implementing Farmers' Rights Relating to Seeds	Carlos M. Correa
76	May 2017	The Financial Crisis and the Global South: Impact and Prospects	Yılmaz Akyüz
77	May 2017	Access to Hepatitis C Treatment: A Global Problem	Germán Velásquez
78	July 2017	Intellectual Property, Public Health and Access to Medicines in International Organizations	Germán Velásquez
79	September 2017	Access to and Benefit-Sharing of Marine Genetic Resources beyond National Jurisdiction: Developing a New Legally Binding Instrument	Carlos M. Correa
80	October 2017	The Commodity-Finance Nexus: Twin Boom and Double Whammy	Yılmaz Akyüz
81	November 2017	Promoting Sustainable Development by Addressing the Impacts of Climate Change Response Measures on Developing Countries	Martin Khor, Manuel F. Montes, Mariama Williams, and Vicente Paolo B. Yu III
82	November 2017	The International Debate on Generic Medicines of Biological Origin	Germán Velásquez
83	November 2017	China's Debt Problem and Rising Systemic Risks: Impact of the global financial crisis and structural problems	Yuefen LI
84	February 2018	Playing with Financial Fire: A South Perspective on the International Financial System	Andrew Cornford
85	Mayo de 2018	Acceso a medicamentos: experiencias con licencias obligatorias y uso gubernamental- el caso de la Hepatitis C	Carlos M. Correa y Germán Velásquez
86	September 2018	US' Section 301 Actions : Why They are Illegitimate and Misguided	Aileen Kwa and Peter Lunenborg
87	November 2018	Stemming 'Commercial' Illicit Financial Flows & Developing Country Innovations in the Global Tax Reform Agenda	Manuel F. Montes, Daniel Uribe and Danish
88	November 2018	Assessment of South-South Cooperation and the Global Narrative on the Eve of BAPA+40	Yuefen LI
89	November 2018	History and Politics of Climate Change Adaptation at the United Nations Framework Convention on Climate Change	Harjeet Singh and Indrajit Bose
90	December 2018	Compulsory Licensing Jurisprudence in South Africa: Do We Have Our Priorities Right?	Yousuf A Vawda
91	February 2019	Key Issues for BAPA+40: South-South Cooperation and the BAPA+40 Subthemes	Vicente Paolo B. Yu III

92	March 2019	Notification and Transparency Issues in the WTO and the US' November 2018 Communication	Aileen Kwa and Peter Lunenborg
93	March 2019	Regulating the Digital Economy: Dilemmas, Trade Offs and Potential Options	Padmashree Gehl Sampath
94	April 2019	Tax Haven Listing in Multiple Hues: Blind, Winking or Conniving?	Jahanzeb Akhtar and Verónica Grondona
95	July 2019	Mainstreaming or Dilution? Intellectual Property and Development in WIPO	Nirmalya Syam
96	Agosto 2019	Antivirales de acción directa para la Hepatitis C: evolución de los criterios de patentabilidad y su impacto en la salud pública en Colombia	Francisco A. Rossi B. y Claudia M. Vargas P.
97	August 2019	Intellectual Property under the Scrutiny of Investor-State Tribunals Legitimacy and New Challenges	Clara Ducimetière
98	September 2019	Developing Country Coalitions in Multilateral Negotiations: Addressing Key Issues and Priorities of the Global South Agenda	Adriano José Timossi
99	September 2019	Ensuring an Operational Equity-based Global Stocktake under the Paris Agreement	Hesham AL-ZAHRANI, CHAI Qimin, FU Sha, Yaw OSAFO, Adriano SANTHIAGO DE OLIVEIRA, Anushree TRIPATHI, Harald WINKLER, Vicente Paolo YU III
100	December 2019	Medicines and Intellectual Property: 10 Years of the WHO Global Strategy	Germán Velásquez
101	December 2019	Second Medical Use Patents – Legal Treatment and Public Health Issues	Clara Ducimetière
102	February 2020	The Fourth Industrial Revolution in the Developing Nations: Challenges and Road Map	Sohail Asghar, Gulmina Rextina, Tanveer Ahmed & Manzoor Illahi Tamimy (COMSATS)
103	February 2020	Eighteen Years After Doha: An Analysis of the Use of Public Health TRIPS Flexibilities in Africa	Yousuf A Vawda & Bonginkosi Shozi
104	March 2020	Antimicrobial Resistance: Examining the Environment as Part of the One Health Approach	Mirza Alas
105	Marzo 2020	Intersección entre competencia y patentes: hacia un ejercicio pro-competitivo de los derechos de patente en el sector farmacéutico	María Juliana Rodríguez Gómez
106	March 2020	The Comprehensive and Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership: Data Exclusivity and Access to Biologics	Zeleke Temesgen Boru

107	April 2020	Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa
108	April 2020	Public Health and Plain Packaging of Tobacco: An Intellectual Property Perspective	Thamara Romero
109	May 2020	Non-Violation and Situation Complaints under the TRIPS Agreement: Implications for Developing Countries	Nirmalya Syam
110	Mayo 2020	Estudio preliminar del capítulo sobre propiedad intelectual del acuerdo MERCOSUR – UE	Alejandra Aoun, Alejo Barrenechea, Roxana Blasetti, Martín Cortese, Gabriel Gette, Nicolás Hermida, Jorge Kors, Vanesa Lowenstein, Guillermo Vidaurreta
111	May 2020	National Measures on Taxing the Digital Economy	Veronica Grondona, Abdul Muheet Chowdhary, Daniel Uribe
112	Junio 2020	La judicialización del derecho a la salud	Silvina Andrea Bracamonte and José Luis Cassinerio



Chemin du Champ-d'Anier 17
POB 228, 1211 Ginebra 19
Suiza

Tel.: (41) 022 791 8050

south@southcentre.int

http://www.southcentre.int

ISSN 1819-6926