

T NORA ELIDA C/ SWISS MEDICAL SA

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:-

-I-

Contra la sentencia dictada por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en cuanto hizo lugar al reintegro de los gastos por alimentos medicamentosos y honorarios médicos, la condenada –Swiss Medical S.A.– interpuso recurso extraordinario, cuya denegación da lugar a la presente queja.

-II-

En el último capítulo de su apelación federal, la propia recurrente acota sus agravios (v. fs. 817 vta./819). En síntesis, considera al fallo contradictorio en tanto le endilga el incumplimiento de una obligación desde 1995, aunque los jueces reconocen que en esa época el Programa Médico Obligatorio (PMO) no preveía el costo de elementos dietéticos para la fenilcetonuria, prestación que fue impuesta expresamente a las empresas de medicina prepaga recién en el año 2007, al dictarse la ley 26.279. Así, se habría creado una obligación sin fuente, lesionando su derecho de propiedad.

Expresa que, por lo mismo, resulta inconstitucional el razonamiento según el cual –aunque no la constreñían ni la ley ni el contrato–, la demandada debió acceder al requerimiento y, en todo caso, repetir contra el Estado nacional.

Observa que, según la Sala, las leyes que contemplan tratamientos específicos, son aclaratorias y no ampliatorias. Tal exégesis –reprocha– es inconstitucional, pues viola el principio de irretroactividad de la ley, atribuyendo obligaciones con anterioridad a su entrada en vigencia.

Entiende que la interpretación a favor del consumidor (art. 3° de la ley 24.240), es aplicable a situaciones en las que existe duda, mas no cuando está en juego una conducta que, claramente, la ley no manda.

Finalmente, sostiene que la aplicación de intereses vulnera el derecho de propiedad, ya que la propia Cámara acepta que la normativa en vigor al tiempo de producirse los hechos, no le imputaba la cobertura requerida. Por otro lado, no puede

hablarse de mora, desde que en las circunstancias de autos no tiene cabida la mora automática.

-III-

En cuanto a su procedencia formal, pienso que el recurso extraordinario presenta dos vertientes que es preciso distinguir.

La primera, apunta al derecho a la salud y entraña materia federal puesto que –aun cuando el litigio se trabó en función de un resarcimiento de daños que, en principio, refiere a una esfera de hecho, prueba y derecho común–, la solución de este caso particular exige determinar la recta interpretación de la normativa que rige el respectivo sistema (arg. Fallos: 330:3725 y 332:1394). Si esto es así, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que algunas alegaciones formuladas desde la perspectiva de la arbitrariedad, guardan estrecha relación con el alcance de los preceptos federales implicados, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 330:2180, 2206 y 3471, entre muchos otros).

La segunda faceta del recurso planteado, es la relativa a la modalidad de cómputo de los accesorios determinada en la sentencia, y resulta extraña a la actividad revisora de esa Corte, salvo arbitrariedad (arg. Fallos: 311:1188; 324:2471; 329:335; 331:1596, entre otros).

-IV-

En lo que concierne a la cuestión federal y en orden a una mejor comprensión del problema, creo útil aclarar que la resolución atacada define el pleito entablado contra *Swiss Medical*, por los Sres. T. y P. –por sí y en representación de sus hijas menores F.A.P. y A.V.P.–, mediante el cual se persigue el pago de los daños que habría ocasionado el incumplimiento contractual que aquellos reprochan a su contraria.

Dicha infracción consiste, según los actores, en la negativa a cubrir los alimentos medicamentosos que reputan imprescindibles para evitar un retraso mental grave e irreparable, a partir de la enfermedad metabólica que padecen ambas hermanas

T NORA ELIDA C/ SWISS MEDICAL SA

Procuración General de la Nación

(fenilcetonuria), descubierta al tiempo de los nacimientos ocurridos, respectivamente, el 29 de octubre de 1995 y el 8 de abril de 2001.

La acción que aquí se ejerce, tiene como antecedente un juicio de amparo donde se obtuvo la cobertura dietoterápica, por la vía de una medida precautoria dictada en diciembre de 2002 y, más tarde, en virtud del acuerdo celebrado entre las partes, en abril de 2003.

Por otro lado, no se discute en esta instancia que, en la época a la que se remonta el reclamo, *Swiss Medical* se hizo cargo de los productos alimentarios de otra afiliada nacida con fenilcetonuria, ni que esta patología sujeta al niño que la sufre a una dieta específica, cuyo defecto tiene un alto potencial discapacitante.

-V-

Como se vio, la recurrente busca eximirse de responsabilidad a partir de sostener que la regulación vigente hasta el año 2007, no obligaba a las entidades de medicina prepaga a proveer los alimentos apropiados al mal que aqueja a estas menores de edad.

Pienso que esa lectura convierte en letra muerta a la directiva del art. 14 de la ley 24.901 (que en un inicio *Swiss Medical* tuvo por inaplicable y que alcanzaba a las empresas de medicina privada –más allá de las cláusulas contractuales–, aun antes del reciente dictado de la ley 26.682 [v. dictamen publicado en Fallos: 330:3725]).

Como su título lo indica, ese precepto alienta finalidades netamente preventivas, determinando que “[l]a madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social. En caso de existir además, factores de riesgo, se deberán extremar los esfuerzos en relación con los controles, asistencia, tratamientos y exámenes complementarios necesarios, para evitar patología o en su defecto detectarla tempranamente. Si se detecta patología discapacitante en la madre o el feto, durante el embarazo o en el recién nacido en el período perinatal, se pondrán en marcha además, los tratamientos necesarios para evitar discapacidad o compensarla, a

través de una adecuada estimulación y/u otros tratamientos que se puedan aplicar..." (el subrayado me pertenece).

En ese contexto normativo, tratándose de dos personas que a la sazón transcurrían los primeros tramos de su existencia, sometidas a una grave enfermedad metabólica –que podía comprometer seriamente su normal evolución psicofísica, si no se les suministraba regularmente la terapia nutricional necesaria–, entiendo que su prestadora de salud estaba obligada a sufragar el tratamiento preventivo, en los términos –reitero– de la citada disposición legal.

-VI-

Es cierto que podría surgir algún óbice en torno al período anterior a la ley 24.901. Sin embargo, la solución antedicha no debe variar.

En efecto, el estatuto de la salud posee objetivos y valores, que dotan de una significación común a todos los elementos que lo componen. En este sentido, el art. 2º de la ley 23.661, los refleja cuando alude al otorgamiento "... de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible" (el resaltado es mío). Así, según doctrina de V.E., este cuerpo legal se comunica en buena medida con los derechos de toda persona "... al disfrute del más alto nivel posible de salud..." y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia...", enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. nuevamente Fallos: 330:3725).

No obstante, como ya se reseñó, en la misma época en que la cobertura en cuestión se denegaba a F.A. –y aún antes del nacimiento de A.V.–, aquélla era otorgada a otra afiliada neonata. Esa conducta arbitraria puso en serio riesgo el derecho a la integridad psicofísica de dos niñas que transitaban su primera infancia (arg. Fallos: 328:1708, consid. 10º), y la demandada ni siquiera ha intentado explicar el fundamento de tan abierta disparidad de trato –contradictoria con sus propios actos–, ni demostrar qué desequilibrio podría generarle un desembolso que viene realizando efectivamente desde hace varios años, por lo que este planteo de la prestadora no puede prosperar.

T NORA ELIDA C/ SWISS MEDICAL SA

Procuración General de la Nación

Desde otro ángulo, es útil recordar una vez más que, si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga presenta ciertos rasgos mercantiles, ellas adquieren un compromiso social para con los usuarios, lo cual supone una responsabilidad que trasciende el mero plano negocial (arg. Fallos: 324: 677; 324:754; y 327:5373, por remisión al dictamen de esta Procuración). Este concepto se ha reforzado, trayendo a colación la idea de que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, ya que pondera los delicados intereses en juego, como son, de una parte, la integridad psicofísica, salud y vida de las personas; y de otra, el hecho de que –con independencia de su forma empresarial–, estos agentes tienen a su cargo una trascendental función social, que está por encima de toda arista comercial (v. dictamen publicado en Fallos: 328:4747).

Ergo, frente al pronóstico que se cernía sobre las niñas de no iniciarse o de suspenderse el suministro alimentario especial, la demandada –por su superioridad estructural y sus finalidades propias–, debió hacerse cargo inmediatamente de sufragar el único medio posible para salvaguardar el desarrollo normal de aquéllas (arg. Fallos: 328:1708, consid. 10).

-VII-

Esta perspectiva se ajusta –además– a los criterios cardinales contenidos en los múltiples dictámenes y precedentes en los que este organismo y V.E. se han expedido acerca de los estatutos de la salud, la niñez y los derechos humanos (ver, en lo pertinente, Fallos: 302:1284; 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:677, 754 y 3569; 325:292 y 677; 326:4931; 327:2127; 328:1708; 329:1226, 1638, 2552 y 4918; 330:3725 y 4647; 331:453 y 2135; 332:1394; S.C. S. N° 670, L. XLII, *in re* “Sanchez, Elvia Norma c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro”, del 15 de mayo de 2007; y S.C. G. N° 783, L. XLVI, “Gerard, María Raquel y otro c/I.O.S.P.E.R. s/acción de amparo”, del 12 de junio de 2012, por remisión al dictamen de esta Procuración. Ver asimismo dictámenes emitidos *in re* S.C. A. N° 804, L. XLI, “Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A., de fecha 14 de febrero de 2006; S.C. R. N° 796, L. XLII, “Rago, Juan Ignacio c/Caja de Previsión Social para Abogados de

la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud”, de fecha 1º de octubre de 2007; y S.C. N. N° 289, L. XLIII, “N. de Z., M.V. c/Famyl S.A. Salud para la Flia. s/reclamo contra actos de particulares” del 16 de abril de 2008).

Entonces, más allá de la obligación que deriva expresamente del art. 14 de la ley 24.901 y del art. 2º de la ley 23.661, no discutida en esta instancia la dificultad de los padres para soportar con medios propios la nutrición que les era indispensable a las coactoras, y siendo notorios los inconvenientes que afrontan los enfermos en estas circunstancias, devenía igualmente antifuncional que la prestadora – que cuenta, insisto, con una infraestructura *ad hoc*–, se desentendiera en lo inmediato de aquella carga y transfiriera a la familia la tarea de perseguir a terceros, en busca de satisfacer su apremiante e impostergable necesidad (arg. Fallos: 327:2413).

En este punto, el argumento de los jueces en torno a que era la empresa la que debía ocuparse de repetir del Estado los fondos adelantados, es resistido dogmáticamente por aquélla, con el único fundamento de la inexistencia de imposición legal específica, cuestión ya aclarada y descartada en los puntos V y VI de este dictamen.

Lo propio ocurre con la aplicación del art. 3º de la ley 24.240, puesto que en función de la subordinación estructural que conllevan los fenómenos de la adhesión a cláusulas predispuestas y del consumo, debe darse tanto a la ley como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 330:3725, consid. 7º).

-VIII-

En definitiva, considero que contrariamente a aquello que proclama la recurrente, los distintos ejes hermenéuticos aplicables a este conflicto particular, ubican la cobertura denegada en cabeza de *Swiss Medical*, aún antes del dictado de la ley 26.279.

Eventualmente, la falta de previsión específica en la letra de otras disposiciones –alguna de rango inferior, como el PMO–, no debería resolverse sino en favor de las afiliadas, nunca en su perjuicio, en tanto la materia que nos ocupa se

T NORA ELIDA C/ SWISS MEDICAL SA

Procuración General de la Nación

encuentra gobernada por el principio *pro homine*. De no ser así, y al decir de esa Corte, todos los principios superiores que rigen en este campo no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas, vacías de operatividad (Fallos: 329:2552).

En este sentido, estimo conveniente advertir –como lo hizo el dictamen de este Ministerio Público Fiscal del 17 de abril de 2012, *in re* S.C. P. N° 679, L. XLVI, “P., M. L. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo”– que “... el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de los niños, encuentra resguardo en el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, precepto éste que principalmente junto con el art. 3, constituye uno de los principios generales sobre los que se asienta ese instrumento internacional. De tal suerte, cualquier medida de aplicación debería estar dirigida a conseguir aquella evolución óptima (arg. Comité de los Derechos del Niño:- Observación general n° 5 [parág. 12 – art. 6]; Observación general n° 13 [parág.59 y 62]; y Observación general n° 7 [parág. 9 y 10])...”.

“... La salvaguarda de ese desarrollo pleno y la centralidad de este aspecto, también está presente en la Opinión Consultiva n° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde ese organismo de derechos humanos interpretó el concepto “interés superior del niño” como un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (v. esp. parág. 56 y 137, acáp. 7 y 8)...”.

Desde esta perspectiva, también en estos autos adquiere relevancia particular el hecho de que la dieta medicamentosa se presentaba como una prestación esencial para las entonces recién nacidas, con unas características que pueden presumirse determinantes para su futuro desarrollo saludable, circunstancia ésta que, en mi opinión, desautoriza nuevamente el criterio restrictivo que propugna la apelante.

Consecuentemente, aconsejaré el rechazo de este aspecto del recurso.



-IX-

En lo que hace al *dies a quo* de los intereses, debo señalar que sólo queda subsistente el reproche contra el cómputo a partir de la realización de cada gasto, ítem en el que *Swiss Medical* considera que –al tratarse de responsabilidad contractual– era menester la previa constitución en mora.

A este respecto, lo atinente al punto de partida del cálculo, es ajeno al recurso extraordinario –por configurar una cuestión accesoria, de hecho y de derecho común–; y remite a cuestiones propias de los jueces de la causa, extrañas por ende a esta instancia excepcional.

Paralelamente, ha de tenerse presente que la procedencia de la apelación federal, está condicionada a que se enuncien claramente los hechos de la causa que permitan establecer la relación directa e inmediata entre lo que ha sido materia de debate y decisión, y las garantías constitucionales que se aducen lesionadas.

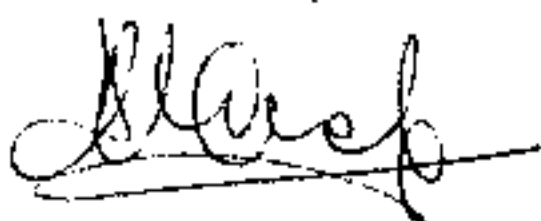
En ese contexto, el planteo de la recurrente traduce una mera discrepancia con la visión de los jueces, inidónea en el plano federal, desde que se limita a exponer una postura jurídica teórica, sin realizar ninguna especificación atinente al caso concreto, por lo que corresponde su rechazo.

En consecuencia, este punto de la apelación también debe correr suerte adversa (arg. dictámenes emitidos *in re* S.C. M. N° 427, L. XLII, “Mesbla S.A. c/Obra Social del Personal de la Actividad Hotelera Gastronómica s/incumplimiento de prestación de obra social”, del 11 de mayo de 2007; y S.C. L. N° 152, L. XLVI, “López, Mario y otros c/ENA M° de Economía s/ordinario”, del 12 de agosto de 2010, al que V.E. remitió).

-X-

En tales condiciones, opino que V.E. debe desestimar el recurso extraordinario deducido en autos.

Buenos Aires, 17 de diciembre de 2012.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE



MARIANA M. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación