

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Tucumán revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, ordenó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN) abonar al actor la suma reclamada en concepto de reintegro de implantes odontológicos ya realizados, y reconocer la cobertura integral de los otros dos que habrían quedado pendientes (fs. 136/141 y 167/171 del expediente principal al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

El tribunal, en primer lugar, afirmó que el amparo es la vía procesal idónea en cuestiones vinculadas a la salud. En cuanto al fondo, sostuvo que las obras sociales están obligadas a garantizar el derecho constitucional a la salud, en los términos de la ley 23.661 de Sistema Nacional del Seguro de Salud, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna.

En ese marco, la Cámara señaló que si se encuentra en juego el derecho a la salud, la no inclusión de una prestación en el Plan Médico Obligatorio (PMO) no es óbice para su otorgamiento, desde que las coberturas mínimas pueden extenderse para hacer efectiva la garantía constitucional del derecho protegido.

Sin perjuicio de lo anterior, precisó que la obra social demandada tampoco dio cumplimiento a lo dispuesto en la resolución 273/10 dictada por su Director General, para desestimar la solicitud del actor. La alzada recordó que, en la inteligencia que los implantes odontológicos constituye una prestación facultativa, esa norma prevé que su cobertura será de carácter excepcional, en forma parcial y mientras las condiciones económicas financieras lo permitan. Además, puntualizó, prevé que será procedente para los afiliados entre 25 y 70 años, y que, en caso de estar fuera de ese grupo etario, se puede autorizar la excepción cuando sea la única alternativa de rehabilitación, en función de la

evaluación que realice la Auditoría Odontológica y la Dirección General.

En ese contexto, estimó que el argumento determinante de la demandada es el tope de edad previsto por su normativa interna (el accionante, al momento de solicitarlo, tenía 73 años, fs. 11). En ese orden, entendió que la naturaleza discrecional de la cobertura exigía justificar la denegatoria con un análisis más pormenorizado y razonable; máxime si se tiene en cuenta la edad del afiliado y la importancia de los implantes para el ejercicio de sus funciones naturales. Tal extremo, dijo, no fue acreditado por la obra social, pues el resultado exitoso de los implantes ya realizados por el actor, ponen en evidencia la omisión de una correcta evaluación del caso.

Asimismo, juzgó importante que prevalezca el derecho fundamental del accionante (art. 12, PIDESC), antes que el reglamento de la autoridad administrativa.

Concluyó que, dentro del marco legal reseñado, dado que el peticionario acreditó la necesidad y urgencia de la prestación, como así también el cumplimiento de los recaudos requeridos por las normas aplicables, la demandada está obligada a satisfacer en forma integral el reclamo.

Contra el pronunciamiento, la OSPJN dedujo recurso extraordinario, que fue denegado y dio origen a esta queja (fs. 173/183 y fs. 186/187, y fs. 28/32 del cuaderno respectivo).

-II-

La demandada alega que la sentencia es arbitraria, pues realiza afirmaciones dogmáticas sin analizar los argumentos conducentes presentados oportunamente por su parte y omitiendo la aplicación de la normativa vigente y aplicable. A su vez, sostiene que se encuentra en juego la interpretación de normas federales -leyes 23.660, 23.661 y 23.890 -, así como la actuación de una autoridad ejercida en nombre de la Nación.

En particular, sostiene que el amparo no es la vía adecuada,

pues la salud del actor no corre ningún peligro, siendo que tres de los cinco implantes ya se los realizó y solicita respecto de ellos, su reintegro.

Por otra parte, argumenta que el tribunal soslaya que la ley 23.890 (art. 4) excluye de los alcances de las leyes 23.660 y 23.661 a la OSPJN, por lo que resulta aplicable en materia de prestaciones odontológicas la resolución 273/10, desde que la cobertura de implantes odontológicos no está incluido en el PMO. De tal forma, afirma que su conducta no fue arbitraria o ilegal, ya que se ajusta a lo dispuesto en aquella normativa.

En relación con esto último, aduce, por un lado, que no medió una conducta discriminatoria. Sustenta esta afirmación en doctrina del Máximo Tribunal que establece que la garantía de igualdad ante la ley no obsta que sean contemplados en forma distinta situaciones diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable. El recurrente entiende que el privilegio creado por la cámara respecto del amparista redundará en perjuicios económicos para la obra social y para el resto de los afiliados (v. fs. 182vta./183).

Por otro lado, argumenta que la radiografía presentada oportunamente revela bruxismo y desgaste oclusivo severo, cuadro en el que el implante está contraindicado. Sostiene, asimismo, que esta técnica es considerada como la última opción terapéutica y que, en el caso, podría haberse utilizado el método de prótesis fija. Agrega que no se han probado científicamente ni la adecuación del tratamiento a la patología del afiliado, ni sus consecuencias a futuro.

Finalmente, manifiesta que no se encuentra en peligro la salud ni la vida del actor, y que el relamo es de índole patrimonial. Al respecto, afirma que el derecho a la salud previsto en la Constitución Nacional y en tratados internacionales no es operativo.

–III–

En lo atinente a los agravios de la demandada vinculados a la procedencia de la vía intentada, opino que remiten al estudio de cuestiones esencialmente de orden procesal, ajenas a la instancia extraordinaria (Fallos: 306:1453 “García”). Sin perjuicio de ello, señalaré que constituye doctrina del Máximo Tribunal que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios estatuidos para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos o judiciales no puede basarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que el instituto –como observa la Cámara– tiene por objeto la efectiva tutela de derechos, más que una ordenación o resguardo de las competencias (Fallos: 327:2920 “Carrizo”; 2955 “Quiroga”; 332:1394 “Rivero”).

Se agrega a lo anterior, el perjuicio que supondría para el amparista el eventual reinicio de la causa, frente a un trámite que ya insumió casi seis años (v. cargo fs. 17) y ante el fracaso de su intento previo de obtener la cobertura y el reintegro de los implantes odontológicos ante la obra social. En tales condiciones, corresponde descartar los agravios de la demandada en este aspecto.

–IV–

En cuanto al fondo del asunto, corresponde precisar que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues, en suma, se ha puesto en debate la inteligencia y el alcance de normas federales que tutelan el derecho a la salud de adultos mayores, y la decisión impugnada resulta contraria al derecho invocado por el apelante (art. 14, inc. 3º, ley 48; y Fallos: 329:2552 “Floreancig”).

Sentado ello, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales, la Corte no está limitada por las posiciones de las partes o del tribunal apelado, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 339:561 “Pastor”), sin necesidad de abordar todos los temas propuestos,

sino aquellos que sean conducentes para la correcta solución del caso (Fallos: 338:779 "L.E.H."; entre otros). En lo que concierne a la atribución de arbitrariedad invocada estimo que se vincula de modo inescindible con la cuestión federal debatida por lo que deben ser examinadas en forma conjunta (conf. doctrina de Fallos: 326:4931 "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta"; 330:2206 "Stutz").

En lo que aquí interesa, es necesario mencionar que la OSPJN, conforme dispone el artículo 4 de la ley 23.890, se encuentra excluida de los alcances de las leyes 23.660 y 23.661. No obstante su condición jurídica respecto del Sistema Nacional del Seguro de Salud, no se controvierte en autos que los implantes odontológicos no están incluidos en las prestaciones del PMO.

En ese marco, fue dictada la resolución OSDG n° 273/10 (3/2/10) que califica como "facultativa" a la cobertura de implantes dentales, es decir, que constituye una prestación brindada "con carácter de excepción, en forma parcial y mientras las condiciones económico financieras lo permitan; pudiendo en el futuro modificarla" (v. art. 1, inc. b, fs. 64/85).

Esa norma establece que el alcance subjetivo de la cobertura se circunscribe a aquellos afiliados de entre 25 y 70 años que se encuentren en condiciones de recepcionar los implantes odontológicos, y reconoce un máximo de doce (12) implantes durante toda la vigencia de la afiliación –cuatro (4) por año, y hasta seis (6) cuando se requiera la colocación de prótesis completa superior o inferior–, que deben ser realizados por un profesional autorizado por la obra social, con una copago del 50% a cargo del beneficiario (cf. anexo I, ap. C, ac. II, res. cit.).

Prescribe que, con carácter de excepción, la Dirección General podrá autorizar la cobertura para afiliados que se encuentren fuera de la franja etaria prevista por la resolución (menores de 25 años o mayores de 70 años), cuando la indicación resultare la "única alternativa terapéutica", conforme la evaluación que realice la Auditoría Odontológica.

En tales condiciones, es prudente destacar que el actor, afiliado a la OSPJN desde hace más de 30 años, solicitó a los 73 años la cobertura integral de cinco implantes odontológicos –tres de los cuales ya se los realizó en dientes y premuelas–, lo cual fue denegado por la obra social con sustento en lo dispuesto en la resolución mencionada (fs. 11). Como consecuencia de ello, promueve el presente amparo cuyo objeto es el reconocimiento de la cobertura integral de los implantes pendientes y el reintegro de lo ya abonado (fs. 15/17).

Además, surge de las constancias de la causa que un profesional que presta servicios para la demandada, aconsejó los implantes dentarios y los calificó como el único tratamiento posible; y, si bien se controvierte que constituya la única alternativa médica, no se discute en esta instancia su viabilidad (nótese que la prueba pericial solicitada por la demandada tendiente a acreditar la improcedencia de la práctica en casos de bruxismo como el que, según alega, padece el actor, se tuvo por desistida, fs. 29, 89vta. y 135).

Ahora bien, es menester analizar si la resolución en estudio fue dictada en el marco de las facultades reglamentarias de la accionada, para luego determinar si la distinción que la norma realiza por razones de edad para excluir al actor de la cobertura prevista para los implantes odontológicos, resulta discriminatoria.

A tal efecto, vale señalar que el derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida, es reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 329:4918 “Mosqueda”; 330:4647 “María Flavia Judith”; 338:1110 “British American Tobacco Argentina S.A.I.C.yF.”; arts. 42 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incs. 1 de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; y art. 10 del Protocolo de San Salvador).

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, tales

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 (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 338:779 "L.E.H."; sentencia en autos FCR 11050512/2013/1/RH1 "V.I.R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario", del 19 de septiembre de 2017).

En ese estado, es dable ponderar que la práctica en cuestión no se encuentra incluida en el PMO y que esa Corte Suprema ha resuelto que medidas como la adoptada por la obra social demandada, son consecuencia del normal ejercicio de las facultades con las que cuenta para imponer requisitos y límites para el otorgamiento de las afiliaciones y demás coberturas. Ello, pues el régimen de recursos para el funcionamiento de la obra social se obtiene del aporte de los afiliados, y el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, ya que, de no ser así, tal solidaridad resultaría ilusoria (Fallos: 327:3256 "Viton de Borda").

En este marco cabe analizar la razonabilidad de los requisitos establecidos por la entidad accionada, y en particular de la exclusión de la cobertura por superar los 70 años de edad.

Al respecto, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la República Argentina por ley 27.360 (B.O. 31/05/17), prevé que los Estados Parte se comprometen, entre otras cuestiones, a salvaguardar los derechos humanos de las personas mayores de edad, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud física y mental, y a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, sin ningún tipo de discriminación (v. en particular, arts. 1, 5, 6 y 19). En su Preámbulo reafirma que las personas mayores tienen los mismos derechos humanos que otras personas, y que queda prohibida la

discriminación por edad en la vejez; y reconoce que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena (v. también art. 5).

El artículo 2 de esa Convención conceptualiza entonces a la discriminación por edad en la vejez como cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto, anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en cualquier esfera de la vida pública y privada.

En este punto, no obstante la legitimidad de la reglamentación en orden al alcance de la cobertura (con un copago del 50%) y de los topes y requisitos exigidos para las personas de entre 25 y 70 años, la decisión de la demandada de circunscribir el beneficio en función de la edad de los afiliados, incrementando los requisitos para aquellos que —como en el caso de autos— tienen más de 70 años, sin haber expuesto razón alguna para fundar dicha distinción y cuando, naturalmente, esa prestación es más requerida para las personas del grupo excluido, afecta gravemente el principio de igualdad de jerarquía constitucional (art. 16, y 75 inc. 23 C.N.).

La garantía de igualdad requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la distinción no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni encierra indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 332:1060 “Coronel”; sentencia en autos S.C. L. 132, L. L, “Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros s/ daños y perjuicios”, del 5 de septiembre de 2017, que remite al dictamen de esta Procuración General del 22 de junio de 2016).

Para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se debe

analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; Fallos: 332:433 "Partido Nuevo Triunfo; v. también dictamen de esta Procuración General en autos S.C.S. 932, L. XLVI, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo", del 24 de junio de 2013, fallado por esa Corte en sentido concordante en el precedente publicado en Fallos: 337:611); esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos: 327:3677 "Vizzoti; dictamen de esta procuración General en autos "Sisnero" cit.). Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas, están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas", que obedecen a razones históricas o estructurales de discriminación en perjuicio de determinadas personas y grupos sociales, corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (Fallos: 327:5118 "Hooff"; 329:2986 "Gottschau; 331:1715 "Mantecon"; 332:433 "Partido Nuevo Triunfo"; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como "Toyosaburo Korematsu v. United States" 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y "Graham v. Richardson" 403 U.S. 365, de 14 de junio de 1971, y sus citas, v. también dictamen de esta Procuración General en "Sisnero" ya cit.). En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra plenamente justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (Fallos: 332:433 "Partido Nuevo Triunfo"; sentencia en autos CSJ 1870/2014/CS1, "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta s/ amparo", del 12 de diciembre de 2017).

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad (dictamen de esta

Procuración General en autos "Sisnero" citado). Desde este punto de vista, la vejez constituye una categoría sospechosa, lo cual se vincula con la percepción social negativa que se tiene de ella, bajo el entendimiento de que la edad avanzada configura un obstáculo para la autonomía y la participación activa en la sociedad.

La discriminación por edad en la vejez está prohibida expresamente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, e impone a los Estados Parte el deber de desarrollar enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez (v. art. 5).

De tal forma, esa vara más severa debe aplicarse al control de razonabilidad de la resolución cuestionada, pues establece de forma directa una diferencia de trato en la cobertura de salud en perjuicio de las personas adultas mayores, al limitar las prestaciones en función de la mayor edad del afiliado.

Bajo ese prisma, en este particular aspecto, y de acuerdo a las circunstancias del caso, corresponde declarar su invalidez.

En efecto, frente al derecho que le asiste a las personas de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, y la prohibición concreta de efectuar una discriminación basada en la edad (cf. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y doctrina de Fallos: 334:1869 "G.M.E."), no se advierte razón suficiente para que el actor sea excluido del grupo de beneficiarios y deba acceder a la cobertura de un modo más gravoso, sin que tampoco haya sido invocado por la demandada un fundamento concreto que sustente esa carga.

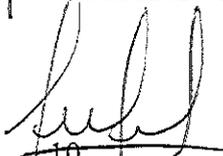
-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar —en lo sustancial— la sentencia cuestionada, con el alcance y por los fundamentos expuestos.

Buenos Aires, 9 de febrero de 2018.

Es copia

Victor Abramovich.


Ma. FLORENCIA NÚÑEZ PALACIOS
Subsecretaría Letrada
Procuración General de la Nación