
Juicio de amparo por cobertura de medicamentos o tratamientos de alto costo: algunas reglas de intervención judicial



Dra. Mónica **Klebcar**

*Jueza de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil y Comercial N° 2 de Rosario*



Dra. Verónica **Gotlieb**

*Jueza de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil y Comercial N° 13 de Rosario*

Introducción

El juicio de amparo que involucra el derecho a la salud genera en los jueces, en general, una honda preocupación. Es que, se pone en juego la salud del amparista y, en muchos casos, su vida. Este sentimiento de desasosiego se incrementa cuando el planteo se vincula al acceso a prestaciones médicas -medicamentos, tratamientos, etc.- de alto costo.

El alto costo de la prestación requerida -objeto del amparo- coloca en escena múltiples cuestiones, pasando desde el conflicto de opiniones científicas entre el médico tratante prescriptor y el auditor del financiador (obra social o entidad de medicina prepaga), hasta el planteo de un posible colapso del sistema de salud por tener que asumir el costo de esa prestación. En el medio, podríamos listar muchísimas otras problemáticas, pero nuestra intención es aprovechar este espacio para reflexionar sobre la intervención de los jueces en estos procesos, en una suerte de relevamiento de opciones y reglas que nos permitan operar en estos

casos con cierto margen de seguridad.

No podemos pasar por alto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene firmemente establecido el estatus preeminente del derecho a la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, que debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga¹. Al mismo tiempo, el Alto Tribunal viene insistiendo respecto a la necesaria fundamentación jurídica de las sentencias que impongan la obligación de cobertura de un medicamento o tratamiento, invalidando los decisorios que padezcan de dicho defecto argumentativo².

Por lo tanto, cuando lo requerido por el amparista escapa o desborda el marco normativo particular por ausencia de norma que establezca la cobertura obligatoria de un determinado medicamento o tratamiento, e ingresamos en el terreno de los principios, la motivación de la decisión se intensifica y la carga de

argumentación aumenta. Creemos que la reflexión acerca de ciertas reglas o parámetros puede ser de utilidad para arribar a la decisión del caso.

La cobertura de prestaciones de salud: ¿qué es obligatorio?

Esta pregunta es visceral y la respuesta no es sencilla. Para evacuarla debemos comenzar por hacer una breve descripción de nuestro sistema de salud. Está dividido en los sub-sistemas, sectores o sub-sectores público, de la seguridad social y privado.

El sub-sistema o sector público se asienta sobre la provisión de servicios universal y gratuita, a cargo del Estado, en sus tres niveles de gobierno: nacional, provincial o municipal. El Estado tiene a su cargo el financiamiento, la asignación y la provisión de los servicios, y la atención de la salud es considerada un derecho que corresponde a toda la población con independencia de su nivel de ingreso. Sin embargo, en tanto el sistema de salud tiene una estructura fe-

deral que coloca a las provincias como las obligadas primarias en la atención de la salud de la población, son precisamente las provincias y los municipios quienes definen la organización de los servicios de salud y la población beneficiaria, provocando notorias disparidades en el acceso a la atención de la salud entre los habitantes del país³. Este sector, pese a su postulación universal, brinda cobertura fundamentalmente a la población de menores recursos y sin empleo formal⁴.

El sub-sistema o sector de la seguridad social está compuesto por obras sociales sindicales, en general con un ámbito de actuación nacional, en su origen vinculadas a los sindicatos por rama de actividad, que cubren la atención de la salud de los trabajadores formales y sus familias; obras sociales también nacionales pero destinadas a los empleados de algunos organismos del Estado nacional, como las universidades y las fuerzas armadas; obras sociales provinciales, que nuclean a los empleados públicos provinciales; y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubi-

lados y Pensionados (INSSJP, ex PAMI), destinado a la cobertura de salud de los jubilados y pensionados⁵. Este sub-sistema se financia con aportes de trabajadores y empleadores, con más aportes del Estado nacional en algunos casos (por ejemplo, en el reintegro de prestaciones de alto costo a cargo del Sistema Único de Reintegros ex Administración de Programas Especiales).

El sub-sistema o sector privado implica a los seguros voluntarios privados⁶ e incluye a las entidades de medicina prepaga, noción que involucra a empresas comerciales y entidades de la denominada economía social (mutuales, cooperativas, fundaciones). En principio, este sub-sistema brinda cobertura a los sectores de altos ingresos⁷.

Cada sub-sistema brinda una cobertura distinta puesto que no existe en Argentina una canasta de prestaciones única. El único listado de prestaciones vigente en nuestro país, con alcance nacional, es el Programa Médico Obligatorio (PMO), contenido en una resolución del Ministerio de Salud de la Na-

ción, pero que es obligatorio solamente para los sub-sistemas privado y de la seguridad social nacional. El sector público está obligado a la cobertura subsidiaria de las prestaciones para personas con discapacidad (leyes 22.431, 24.901, 26.689, 27.552). En cuanto al PMO, aun cuando no lo obligue, es una referencia ineludible para el sector público en todos sus niveles.

Sin embargo, a pesar de este importante entramado normativo, verificamos un déficit regulatorio sobre la efectiva cobertura obligatoria que corresponde a cada habitante, que resulta directa consecuencia de la segmentación y la fragmentación que caracterizan al sistema de salud de nuestro país⁸. La segmentación refiere precisamente a la coexistencia de diversos sectores o sub-sistemas (público, seguridad social y privado) con características propias en cada caso en cuanto a las instituciones involucradas, la relación entre organizaciones aseguradoras, mecanismos de financiamiento, beneficiarios y el alcance y la definición de los beneficios o cobertura en salud de la población. La frag-

mentación, por su parte, alude a una deficiente articulación entre las instituciones responsables del financiamiento y provisión de servicios^{9 10}. Se ha dicho que un sistema de salud fragmentado implica “la disolución de las responsabilidades por los cuidados de la salud, en detrimento del derecho a la salud de la población”¹¹.

Esta fragmentación y segmentación se replican en la legislación sanitaria¹². Si bien el derecho a la salud tiene reconocimiento constitucional en el propio articulado de la Constitución Nacional (art. 42 y cc.) y por la vía de la incorporación con jerarquía constitucional de distintos tratados internacionales de derechos humanos (el llamado “bloque constitucional” o “bloque de constitucionalidad”), Argentina no tiene sancionada una ley general de salud, sino que regulan el sistema de salud distintas normas nacionales, provinciales y municipales. Entre las primeras, las convenciones internacionales ratificadas y sancionadas como ley nacional (por ej. la ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y

su protocolo facultativo); las leyes nacionales sobre obras sociales (ley 23.660) y sistema nacional de salud (ley 23.661), ley de medicina prepaga (ley 26.682), las leyes sobre acceso a la salud para personas con discapacidad (leyes 22.431 y 24.091); entre muchas otras.

Luego, si bien en mérito a la estructura federal del Estado Argentino la atención de la salud resulta competencia primaria de los Estados Provinciales, no nos faltan normas nacionales con pretensión articuladora y coordinadora, tales como las mencionadas en el párrafo anterior, con más -entre muchas otras- las leyes 23.798 (lucha contra el VIH/SIDA), 26.529 (Derechos de los pacientes), 26.657 (Salud mental), etc. Se agregan, para completar el cuadro, las Constituciones provinciales y la correspondiente legislación provincial y municipal.

Este plexo normativo, si bien recepta el derecho a la salud con carácter universal, igualitario e integral para todos sus habitantes, simultáneamente establece responsabilidades diversas en la cobertura de las necesidades sani-

tarias de la población. En este intrincado abanico normativo, los jueces debemos bucear para resolver los amparos por acceso a prestaciones de salud que recibimos, tópico que intentamos abordar en el apartado siguiente.

Algunas pautas a tener en cuenta para resolver

Tenemos una primera pauta orientativa: el PMO constituye un piso mínimo prestacional. Si bien la Resolución n° 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación que establece el PMO no resulta directamente aplicable a las obras sociales provinciales (ej. IAPOS¹³), resulta ser una referencia insoslayable, desde que las prestaciones que establece el PMO constituyen un piso, un estándar mínimo que deben incluir todos los prestadores de salud, respecto del cual el proveedor podría excederse, pero nunca otorgar en menos. Así, “conviene recordar que el Programa Médico Obligatorio no constituye una limitación para los agentes de salud sino que constituye en una enumeración no taxativa

de la cobertura mínima, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, mas no necesariamente conforme su tope máximo ...”¹⁴.

La segunda pauta orientativa a considerar sería de orden procesal: qué defensa interpuso la prestadora al contestar la demanda o con qué razones resiste la cobertura, que a veces suelen diferir (en el responde) de las invocadas extrajudicialmente al actor amparista (afiliado o beneficiario). En este sentido no debemos olvidar que el proceso y la actividad de sentenciar se ven regidos por los principios dispositivo y de congruencia (art. 243 CPCC)¹⁵, y que el juez solo debe verificar la existencia y prueba de la defensa invocada.

El financiador demandado podría invocar que el medicamento o tratamiento, droga prescrita, o la práctica en cuestión, no están contempladas en el menú prestacional, o no se ajusta a las disposiciones de sus resoluciones internas (del IAPOS por ej.), que su cobertura excede el marco prestacional, que posee recursos limitados, y en este sen-

tido, que el juez no puede efectuar un juicio de mérito u oportunidad respecto de la decisión de la obra social, o que los prestadores no tiene relación contractual con la demandada, entre otros.

La defensa que consiste en que el medicamento o práctica no están incluidos en el menú prestacional, o que no se ajusta a las disposiciones de las resoluciones internas de la obra social, se resuelve con la primera pauta antes esbozada. Si el medicamento o el tratamiento prescripto están incluidos en los listados del PMO, deben ser otorgados.

La cuestión se vuelve espinosa cuando se trata de prescripciones que no están incluidas en ese listado, y cuyo costo ya nos indica que difícilmente lo estarán en un corto plazo. Recordemos que, como criterio rector, la Resolución N° 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación (PMO), a la vez que establece un catálogo de prestaciones, prevé que la obligatoriedad de su cobertura debe depender de una correcta indicación médica, acorde a los principios establecidos en el modelo de abordaje de

medicina basada en la evidencia. Pero aclara que en el proceso de normatizar prácticas se arriba a conclusiones que inicialmente descartan la indicación de éstas en determinadas condiciones, lo cual no implica que existan potenciales indicaciones no consideradas pero posibles de actualización.

En este punto, conjugada con las anteriores, **consideramos apelar a la tercera pauta** de criterio para la decisión, que los jueces utilizamos para sentenciar y que es la de la **carga de la prueba**. El principio es que cada parte debe probar los hechos que afirman, en tanto sean controvertidos y los que sean el presupuesto de hecho de la norma en que se basen. Recordemos nuevamente, que estamos en un proceso dispositivo y las fuentes de prueba deben ser aportadas por la parte que afirma el hecho necesitado de prueba. También en materia de salud es útil trasladar este principio a casos concretos para verificar si se verifica su cumplimiento.

Inicialmente el actor debe probar la prescripción médica de la droga o tra-

tamiento. Pero ¿qué pasa si el médico auditor de la obra social controvierte esa prescripción? Según el principio de la carga de la prueba debe ser la obra social la que pruebe tal afirmación ya sea que el medicamento prescrito no corresponde a la dolencia, o no está aprobado por la ANMAT, o que existe otro que sugiere como alternativa, y que tiene idénticos efectos y es más económico o accesible, y que su elección no trae desmedro al paciente en relación al peticionado.

Es el prestador o financiador del servicio de salud el que debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio o resultado análogo al que llega el medicamento o tratamiento costoso prescrito por el especialista del paciente, como así también demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección del profesional especialista. El diagnóstico de la dolencia y la prescripción de drogas o tratamiento es tarea del profesional médico especialista de la enfermedad, tratante del amparista, y el médico auditor es solo

controlador. La alternativa que sugiera la obra social o prepaga no puede instaurarse en obligatoria para el paciente, salvo prueba en contrario con suficiente sustento científico, que debe estar a cargo de la demandada¹⁶.

En orden al argumento relativo a los costos de la prestación y su impacto económico en la obra social o prepaga, exige una demostración del desequilibrio que se generaría con el otorgamiento de la cobertura integral. Aplicando la regla argumentativa que venimos analizando, la carga de argumentar y probar tal desfinanciamiento o compromiso patrimonial (explicar las consecuencias que produce la condena en su estructura financiera, equilibrio presupuestario o atención de otros afiliados) es de la demandada.

En este sentido, el rol del médico prescriptor integrante del listado de prestadores de la demandada es crucial¹⁷. La relación médico-paciente no es una relación paritaria, puesto que el médico es depositario de un saber técnico y científico del que el paciente

carece. Por ende, dada esta asimetría, la prescripción de una cierta prestación genera en el paciente la expectativa respecto a que la misma es la adecuada para su tratamiento o curación, lo cual cobra especial relevancia en el marco de los sistemas de medicina prepaga, e incluso de obra social, analizados en clave consumeril.

El hecho de que el profesional especialista del actor, que prescribe la droga o tratamiento de alto costo, pertenezca a la cartilla de prestadores de la demandada, debe ser otro elemento de peso a considerar. En ese caso, aumenta la carga de la demandada a la hora de probar el desacierto en la prescripción médica efectuada. Es que, si el médico de la cartilla de la obra social o prepaga prescribe una droga o tratamiento que luego el prestador o financiador deniega por incorrecta o improcedente (por el motivo que fuera), se activa la responsabilidad objetiva por los profesionales que contrata. Y si el profesional de su cartilla prescribe una droga o tratamiento costoso específico que no es invalidado por la obra social o pre-

paga por su incorrección, luego no podría negar sin debida justificación su cobertura. Sería casi como ir contra los actos propios, negar los tratamientos o medicamentos que prescriben sus propios profesionales, los que la obra social o prepaga contrató para atender a sus afiliados.

Entonces, como regla a considerar, la defensa del desfinanciamiento o del desequilibrio presupuestario, solo podría aplicar si el medicamento o el tratamiento excesivamente costoso fuera prescripto por un médico especialista extraño al financiador; o si se probara efectiva e indubitablemente el desequilibrio presupuestario que provocaría la prestación y la insoslayable afectación a la atención adecuada de los restantes afiliados.

La cuarta pauta a tener en cuenta es la posibilidad de solicitar vista al médico forense para que con su dictamen oriente la decisión en cuanto a la relevancia y necesidad del medicamento o tratamiento. Nos planteamos el supuesto de que la petición del actor (consis-

tente en el medicamento o tratamiento de alto costo) esté debidamente acreditada y también esté fundada la alternativa que propone la obra social (que es más económica y que el paciente rechaza por no ser la prescripta por el especialista de su confianza). Aquí consideramos que resulta sumamente relevante la opinión de un técnico, imparcial, auxiliar del juez, en estos casos donde el trámite del amparo no admite la prueba pericial. Y ello por cuanto el juez necesita discernimiento a la hora de evaluar si la negativa de la demandada es manifiestamente arbitraria e ilegítima, pero en términos de los especialistas.

En este sentido y con esta finalidad, creemos determinante incorporar al proceso elementos técnico-científicos, pudiendo los jueces requerir -previo a resolver en definitiva la cuestión, pero siempre teniendo presente los acotados tiempos del proceso de amparo y la especial urgencia de un trámite de salud-, por ejemplo, una exhaustiva evaluación médica especializada, que ilustrase, en la medida que sea necesario, sobre los siguientes puntos: 1) la evolución ope-

rada en el proceso patológico que afecta al actor, su estado de salud actual y su pronóstico; 2) la descripción del procedimiento propuesto; 3) las consecuencias que éste puede acarrear, complicaciones frecuentes, riesgos razonablemente previsibles, y efectividad; 4) la existencia de terapias alternativas; 5) los beneficios y desventajas de la nueva práctica, así como los que correspondan a los tratamientos convencionales; 6) la necesidad o no de la administración de la estrategia médica en cuestión; 7) en caso afirmativo, los recaudos que deben adoptarse *sine qua non*; 8) la apreciación técnica integral referida al caso concreto, con las indicaciones terapéuticas que se juzguen más adecuadas¹⁸. Esto siempre y cuando se encuentren destinados a despejar una duda razonable en cuanto a la decisión del juez, mas no para incorporar prueba que dependía de alguna de las partes. En este aspecto el magistrado deberá ser sumamente cuidadoso respecto a cómo plantea la evacuación del dictamen del médico forense y a fin de ir por la senda correcta, deberá atenerse a la segunda pauta previamente descrita.

Conclusión

El amparo de salud es uno de los procesos urgentes por excelencia. Su resolución requiere celeridad, pero, a la vez, adecuada, certera y suficiente fundamentación. No podemos ignorar que, en general, las sentencias afectan recursos económicos del sistema de salud, e involucran decisiones sobre políticas públicas de salud. Por lo tanto, el razonamiento judicial debe partir del respeto por la división de poderes y el rol que le corresponde al Poder Judicial, evitando inmiscuirse en el diseño de las políticas o la asignación de recursos. Sin embargo, como muchas veces la garantía del derecho a la salud requiere de una intervención judicial que lo tutele efectivamente, el desarrollo de reglas o pautas que podrían considerarse en cada caso contribuye a fortalecer la fundamentación de las sentencias, robusteciendo la función judicial.

En este sentido, la identificación correcta de la cuestión litigiosa conforme a los hechos pretendidos y resistidos, el aná-

lisis de la carga de argumentar y probar en cada caso, como así la vista al médico forense para incorporar elementos técnico-científicos necesarios para la toma de decisión, aportan pautas valiosas para la resolución del amparo, que contribuyen a su preeminente rol como proceso constitucional.■

CITAS

¹ CSJN, 01-06-2000, Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986; 24-10-2000, Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásica; 16-10-2001, Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, disponibles en www.csjn.gov.ar.

² CSJN, 20/05/2014, L., E. S. c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo,

LA LEY 01/07/2014, 8, Cita Online: *AR/JUR/18656/2014*.

³ BÁSCOLO, ERNESTO, “Características institucionales del sistema de salud en la Argentina y limitaciones de la capacidad del Estado para garantizar el derecho de la salud de la población”, en Cheresky, Isidoro (director) “Las capacidades del estado y las demandas ciudadanas: condiciones políticas para la igualdad de derechos”, 1ª ed., Buenos Aires, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2008, p. 189-220.

⁴ CETRÁNGOLO, OSCAR (coord.), “El sistema de salud argentino y su trayectoria de largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros”, 1ª. ed., Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Buenos Aires, 2011, en <http://new.paho.org/arg/images/Gallery/publicaciones/El%20sistema%20de%20salud%20argentino%20-%20pnud%20oops%20cepal.pdf> (03/06/13).

⁵ BÁSCOLO, cit..

⁶ Íd..

⁷ CETRÁNGOLO, cit..

⁸ BÁSCOLO, cit..

⁹ Íd..

¹⁰ En similar sentido: MADIES, CLAUDIA VIVIANA, “El novedoso y controversial marco regulatorio de la medicina prepaga y su efectividad para tutelar los derechos”, *La Ley Sup. Esp. Régimen Jurídico de la Medicina Prepaga*, 2011 (mayo), 19/05/2011, p. 68.

¹¹ TOBAR, FEDERICO; OLAVIAGA, SOFÍA; SOLANO, ROMINA, “Complejidad y fragmentación: las mayores enfermedades del sistema sanitario argentino”, Documento de Políticas Públicas/Análisis N°108, CIPPEC, Buenos Aires, agosto 2012, en www.cippec.org (21/02/13).

¹² GARAY, OSCAR ERNESTO, “El Derecho a la Salud y la Legislación Sanitaria”, *LA LEY*, 2013-B, p. 731.

¹³ La obra social de la Provincia de Santa Fe: Instituto Autárquico Provincial de Obra Social..

¹⁴ CCCR, S. I, acuerdo N° 13 del 05/02/16, “C., C.A. c/ IAPOS s/ Amparo”.

¹⁵ “El principio de congruencia [...] importa, en definitiva, una limitación a las facultades del juez; éste no debe sentenciar en más de lo de-

batido, o dejar de fallar en la materia litigiosa del caso. Implica, consecuentemente, un encuadre funcional del magistrado, cuya violación ha sido reputada arbitraria por la Corte Suprema de la Nación. La sentencia incongruente, en resumen, es sentencia arbitraria, ya que en el fondo rompe con los claustros normativos del juez (por exceso u omisión, lesiona las reglas del debido proceso y no es naturalmente, una sentencia que deriva razonablemente del derecho vigente)” (Corte Suprema de Justicia de la Provincia, sentencia del 28.12.1994 in re “Prode Promotora y Depositaria S.A. c/ Carde-ma S.R.L. -Cobro de Australes- s/ Recurso de inconstitucionalidad”, A. y S., Tomo 113, págs. 424/441. En similar sentido: “Lanzillota”, A. y S., Tomo 103, págs. 355/374; “Agar Cross S.A.”, A. y S., Tomo 174, págs. 150/155, entre otros).” Es “un concepto elemental el que sostiene que el principio de congruencia, regulado en el art. 243 del C.P.C.C., consiste en que debe existir conformidad entre lo demandado y resistido por las partes, por un lado, y la sentencia del juzgador, por el otro. De tal modo, ésta debe recaer, exclusiva y necesariamente, sobre los hechos que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación, así como de las peticiones, alegaciones, oposiciones y defensas formuladas en los escritos constitutivos del pleito; delimi-

tando el thema decidendum del juez; con indudable trascendencia constitucional, pues implica el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio.” CCRSIAuto N° 20/2013 “En virtud del principio dispositivo le corresponde a las partes un señorío casi ilimitado sobre el derecho sustancial llevado a juicio y también sobre la mayoría de los aspectos relacionados con la iniciación, marcha y desenlace del debate judicial.” ARAGONESE, PEDRO, “Proceso y Derecho Procesal (Madrid, 1960), editorial Aguilar, pag. 93, citado por PEYRANO, JORGE W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, Zeus editorial, Rosario, 1983, pag. 17.

¹⁶ En este sentido, CSJN, 27/11/12, R., D. Y otros c/ Obra social del personal de la Sanidad s/ amparo, del dictamen del Procurador General, disponible en www.csjn.gov.ar, acceso 31/01/13.

¹⁷ En este sentido, CSJN, 15-06-2016, S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo, disponible en www.csjn.gov.ar, acceso 26-09-2017.

¹⁸ Del dictamen del Procurador ante la Corte en CSJN, 26-03-2009, Sureda, Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo, disponible en www.csjn.gov.ar.