

CÓRDOBA, 29/10/2021.— Agréguese las constancias acompañadas. Por presentados, por parte en el carácter invocado, a mérito de la documental acompañada y con el domicilio constituido.- A la demanda de amparo, teniendo presente las normas que asignan la competencia federal de la materia (art. 38, ley 23.661), es que en primer término se impone la necesidad de expedirse sobre el precepto en cuestión:

I.- Relación de consumo.

Se comparte plenamente el criterio que alude a la existencia de relación de consumo entre el usuario de la empresa que presta servicios de salud y esta última. Es más, sobre el tema, he adherido a la doctrina que arriba a la misma solución aun cuando se trate de obras sociales en sentido estricto. En este sentido, se ha sostenido que: *“no deja lugar a duda respecto de que el vínculo que se genera entre el trabajador y la obra social es una relación de consumo que se regirá tanto por la normativa específica que regula la actividad, como por las normas que tutelan los derechos de los usuarios”* (KRIEGER, Walter, Los daños punitivos como herramienta disuasoria del incumplimiento del Plan Médico Obligatorio, 22-feb-2012, MJ-DOC-5688-AR). En la misma línea, se enseña: *“Sin vacilaciones y por las características enunciadas, la relación que une al prestador del servicio de salud con el afiliado/paciente/usuario configura una relación de consumo en los términos de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, lo cual genera una serie de deberes de resultado cuyo incumplimiento trae aparejada, por ende, la responsabilidad de carácter objetiva de la entidad: el deber de seguridad”* (WEINGARTEN, Celia - PIGNATARO, Romina, Un precedente en derecho a la salud de la Corte Suprema de la Nación. Medicinas prepagas y obras sociales: reafiliación obligatoria y enfermedades preexistentes, 11-abr-2012, MJ-DOC-5749-AR); *“Nos encontramos en el marco de una relación de consumo, donde las partes se encuentran vinculadas por un contrato de adhesión, en el que es imposible negociar las cláusulas que lo componen. A su vez, existe una relación asimétrica entre ellas, donde el Proveedor se erige como parte predominante, imponiendo sus condiciones de contratación a la otra”* (BUCCHERI, Sabrina, Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a las obras sociales, LL 2012-A, 240). La **jurisprudencia** se ha expedido con análogo tenor: *“Resulta de aplicación la ley 24240 y normativa concordante; puesto que el servicio brindado por las obras sociales se asimila en cuanto a sus características, a los servicios prestados por las empresas de medicina prepaga; aquí, se configura una auténtica relación de consumo, entre los afiliados a la obra social y ésta última, que, de modo semejante, a lo que ocurre con los contratos de medicina*

*prepara, se compromete a prestar los servicios médicos requeridos por aquellos, es por ello que la actora se encuentra comprendida en el concepto de consumidor del art. 1 de la ley siendo una persona física que ha contratado un servicio en forma onerosa como destinatario final y de su grupo familiar; en el otro extremo las obras sociales demandadas cumplen las características de 'proveedor' en los términos del art. 2 de la ley; encontrándose dentro de una relación de consumo” (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala IV, “T. C. C. c/ OSCA y OSECAC s/ acción de amparo”, 16-may-2014, MJ-JU-M-86420-AR). Asimismo se ha decidido que: “Las obras sociales asumen una obligación tácita de seguridad - garantía- por el servicio de salud; garantiza no sólo que se preste sino que se lo haga en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencias en la prestación prometida (confr. causas: 2722 del 16.11.84; 4340 del 27.5.86; 45.877/95 del 28.5.96; 5078/92 del 30.10.97; 4140/93 del 23.5.00; 4288/93 del 8.2.05, etc.; vid., asimismo, J. MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad Civil del Médico”, Bs.As. 1985, pág. 114). El respeto por la vida humana y la necesidad de proteger al consumidor de servicios asistenciales (art. 1º, inc. b, ley 24.240) exigen una tutela especial ponderando que es la parte débil de la relación y que por lo común no posee los elementos de control necesarios para conocer el nivel de los servicios ofrecidos y/o prestados (confr. esta Sala, causa 6301/93 del 2.7.96). Bien se ha dicho que la salud es cuestión de auténtico interés social que trasciende el ámbito privado y se proyecta en la satisfacción de necesidades comunitarias que comprometen el orden público y social (confr. A. BUERES, Responsabilidad Civil de los Médicos, Bs.As. 1992, págs. 472/473). De allí que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral (confr. fallos: 306:187; causa Brescia c/ prov. de Buenos Aires del 22.12.94, entre otros)” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, in re: “Viera Elda Lilian y otro c/ Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal s/ daños y perjuicios”, 12-may-2009, MJ-JU-M-55270-AR). (Dictamen de la Dra. María del Pilar Hiruela de Fernández, in re: “**GARCÍA, JUAN CARLOS Y OTRO C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES (OSECAC) – ORDINARIO - OTROS**” (Expte n° 2566818/36).*

II.- Incidencia de la relación de consumo para la determinación de la competencia.

Respecto del dilema de la competencia, la primera conclusión que surge de adjetivar a la relación del asociado con su obra social o de medicina prepaga, en una del tipo consumeril, es la identificación del trámite que debe imprimirse (el más abreviado) y la competencia del tribunal ordinario (art. 53, 1er párrafo, ley 24240). Además, la ley de defensa del consumidor comenzó a regir con posterioridad a la ley de obras sociales que en su art. 38 dispone la competencia federal (ley 23.661). De allí que podría considerarse aplicable el principio general del derecho que resuelve la colisión de normas en favor de la sancionada con posterioridad, en el caso, la tutela consumeril del 03/04/2008, ley 26361.

Por otra parte, la relación de consumo se inscribe en la órbita del derecho común que regula una clase específica de relaciones intersubjetivas, pero que hacen a la rutina cotidiana de todos los ciudadanos, donde la salud no escapa a esta característica de consumo habitual, sino que a ello se le agrega la necesidad de satisfacción sin rémoras en orden a la trascendencia que nuestro ordenamiento madre le otorga al bien jurídico protegido (normas constitucionales nacionales, provinciales y supranacionales). Al respecto, debe tenerse presente que la prevención, disminución y curación de patologías, afecciones, heridas, enfermedades virósicas, bacterianas, etc., aquejan sin aviso al ser humano, con lo cual debe concebirse una respuesta rauda, no sólo por la clase de bien jurídico protegido, sino también, se insiste, por el tipo de relación jurídica sustancial, donde el paciente se erige, además, en usuario o consumidor de un servicio, en situación de desigualdad frente a la harta conocida falta de equilibrio en el sinalagma propia de los contratos adhesivos entre el profesional de la actividad y quien la requiere.

Aquí, cabe detenernos reafirmando la tésis inspiradora del derecho de consumo, a efectos de confrontar el sentido de su vigencia, con la teleología propia de la competencia federal, en orden a determinar si ambas son compatibles, o si el norte teleológico de una pone el riesgo el de la otra.

Así, cabe recordar que la competencia federal en razón de la materia se circunscribe al conocimiento y aplicación de la legislación federal, integrada por la Constitución Nacional, los tratados internacionales y demás normas inferiores dictadas por el Congreso de la Nación que regulan la actividad propia de la Nación, sus organismos centralizados y descentralizados y que atienden en general, a los intereses nacionales – art. 75, inc. 12, CN-. (Silvia Palacio de Caeiro, “Competencia Federal”, La Ley, 1999, Bs. As., p. 52).

Ahora bien, a la hora de interpretar la forma de resguardar el interés nacional que para casos como el presente justifica, se ha sostenido que en los casos donde el agente de seguro no acepta brindar una prestación del modo en que ha sido peticionado por el asociado, se colige “...*que la materia jurídica debatida suscita indudablemente competencia federal, ya que en el "sub judice" se encuentran en discusión y están en juego los principios involucrados en la ley 23661, ello en la medida en que el conflicto trabado puede resultar dañoso a la instrumentación o planificación de la entidad demandada.*” Agregando luego que se trata de “...*cuestiones que conducen, en último término, a la aplicación e interpretación de normas, reglamentos y decisiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos; relaciones que se hallan regidas o alcanzadas por normas federales, deben tramitar ante dicha jurisdicción 'ratione materiae' (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, Fallos:330:810; en idéntico sentido, Fallos: 329:2823)*”.

De los fundamentos expuestos, entonces, puede colegirse que la función encomendada a la competencia federal, radica en custodiar que el conflicto no deriva en un resultado dañoso para la demandada. Pero sucede que, en el caso, la accionada no sólo es un agente cuya función hace a la estructura del sistema de salud, sino también un proveedor en los términos de la ley 24240. Con lo cual, debiera asumir en la ejecución del contrato ciertos deberes indispensables para garantizar la concreción de la tutela consumeril, como, por ejemplo, el “*deber de información*”, el “*efecto vinculante de la publicidad*”, “*la necesidad de bregar por la interpretación más favorable al consumidor*”; postulados estos que eventualmente podrían ceder en el ámbito de la justicia federal, si de su aplicación rígida resultara una condena con tendencia lesiva para la estructura económica del sistema de salud.

De tal guisa, visto desde esta perspectiva el engorro hermenéutico, no parece adecuado que el sistema protectorio especial del consumidor, destinado a las relaciones jurídicas que hacen a la rutina diaria de cualquier ciudadano, y siempre desde un lugar desventajoso, se destine al ámbito decisorio de la competencia federal, sobre la base del resguardo que a la Nación le cabe del sistema de salud que le ha encomendado a proveedores como la aquí demandada. Ello pondría en riesgo la vigencia plena de la ley de defensa del consumidor, la cual, por otra parte, es clara en cuanto a su pertenencia al ámbito de las cuestiones no delegadas a la nación (art. 53, 1er p., ley 24240 y su

modificatoria), tal vez, precisamente, en orden a evitar situaciones como la que aquí se ha descripto.

Amén de lo recién expuesto, lo cierto es que el Máximo Tribunal de la Nación ha resuelto la cuestión de manera contraria a lo aquí expuesto. Concretamente, ha sostenido la CSJN, que: Respecto a la cuestión ha señalado la CSJN, que: *“Al haber sido demandada una obra social por incumplimiento de las prestaciones médico asistenciales, resulta de aplicación lo previsto por el art. 38 de la ley 23.661, que prevé sometimiento exclusivo de esos agentes a la jurisdicción federal...”* (Fallos, 327:2865; 328:1600; 329:2823). *“Es competente la justicia civil y comercial federal para entender en la acción de amparo por la cual se demanda a un prestador de servicios médicos procurando el cumplimiento de las prestaciones totales a su cargo -en el caso, habilitación y rehabilitación de un menor discapacitado-, con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional, en las leyes 16.986, 23.660, 23.661, 24.455, 24.901 y 24.240, en el decreto 492/95 y en la resolución complementaria 939/00 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (Adla, XXVI-C, 1491; XLIX-A, 50; XLIX-A, 57; LV-B, 1533; LVII-E, 5555; LIII-D, 4125; LV-E, 5934; LX-E, 5683), lo cual remite al estudio de dichos preceptos con influencia decisiva respecto a cuestiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra a las obras sociales y a los prestadores privados (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo)([Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25/11/2005 in re Kogan, Jonathan c. Swiss Medical S.A., LA LEY 09/03/2006 , 7 , LA LEY 2006-B , 683, DJ 22/02/2006 , 493, AR/JUR/5756/2005 .-](#)*

Frente al precedente, en esta etapa histórica del debate, corresponde el seguimiento de las pautas que provienen de los Tribunales de mayor jerarquía, en especial, las de la Corte Suprema de Justicia, en tanto el mismo se erige en el órgano supremo de justicia en la República. Esto así, pues el seguimiento de tales pautas constituye el criterio prudencial adecuado para cumplir con el cometido de coadyuvar a la publicitación de reglas claras tendientes a obtener una justicia homogénea, que robustezca la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.-

III.- El despacho de la cautelar.

Sin embargo, también participo de las sugerencias asequibles de importante doctrina y jurisprudencia en el sentido que: *“...aun en los casos de incompetencia manifiesta, el tribunal ordene, no obstante, la traba cautelar si resulta procedente. Así, con gráficas*

palabras, Ferrer enseña que en casos de urgencia “...estamos convencidos de que es deber de todo magistrado, aún aquél afectado por una incompetencia ostensible, el brindar una tutela tempestiva, que permita una adecuada protección de los derechos sometidos a riesgo, evitando así que el proceso se convierta en una fórmula burocrática tan pesada como inútil.” (María del Pilar Hiruela de Fernández, El Amparo en la Provincia de Córdoba, Alveroni, Cba. Abril 2002, p. 185). También la prestigiosa autora tiene presente análoga doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos 300-640).-

A este fin, corresponde analizar provisoriamente la admisibilidad de la acción, pues la verosimilitud del derecho que condiciona el dictado de toda cautelar, se relaciona de manera inexorable con la posibilidad de que tales presupuestos sean, a la postre, juzgados como efectivamente cumplidos.

1.-

En lo que respecta al presupuesto de tempestividad establecido por el art. 2 inc. e, ley 4915 y su modificatoria, sucede que comparecen los Sres. M. S. A. y A. O. B., en representación de su hija menor de edad, **M. V. B. A.**, DNI _____, de 9 años de edad, afiliada a OSDE N° _____, peticionando se ordene a OSDE otorgar cobertura del 100% y, en consecuencia, hacer entrega inmediata a la amparista del medicamento **Decapeptyl trimestral 11,25 mg polvo y disolvente para suspensión de liberación prolongada inyectable**, conforme tratamiento de ampollas de aplicación trimestral que fuera indicado a la menor M. V. B. A. por parte de la médica especialista pediatra endocrinóloga Dra. A. B..

Expresan que comenzaron las gestiones administrativas pertinentes tendientes a iniciar con el tratamiento encomendado en favor de la menor, solicitando a OSDE las autorizaciones pertinentes para hacerse de la medicación y que **la respuesta por parte de dicha obra social resultó negativa, al manifestar esta que solo cubriría el 40% del tratamiento en cuestión. Dicha respuesta surge de la impresión del correo electrónico enviado por OSDE a la Sra. M. S. A., mediante el cual se comunica la cobertura del medicamento en un 40%, el cual tiene fecha de envío del 01/10/2021.-** Conforme lo expuesto, con la documental aportada se verifica el requisito de tempestividad que requiere el art.2 inc. e de la ley 4915 de 15 días hábiles.

2.-

En cuanto al presupuesto del art. 2 inc. a, la doctrina y jurisprudencia predominante en la materia con posterioridad a la sanción del art. 43, C.N., ha considerado impropio considerar como una cortapisa que obste a la admisibilidad del amparo, la posibilidad de que se cuente con recursos para impugnar la resolución que decide cubrir solo el 40% de la mediación prescripta y no el 100% de la medicación. En el caso, al margen de que existan o no ese tipo de remedios dentro de la estructura interna de la obra social, lo cierto es que el decisorio de la prestadora se limita a manifestar el porcentaje de cobertura sin brindar fundamentos que sustenten la razón por la cual no cubre el 100% del tratamiento requerido. Esta circunstancia coloca al amparista en una situación de incertidumbre que impide el ejercicio de crítica alguna, agravado por el incumplimiento al deber de información que le cabe a la accionada en su rol de proveedor dentro de la relación jurídica sustancial de consumo en el que se inscribe el contrato.

Frente a esta circunstancia, al consumidor no le queda otra alternativa que acudir a la vía expedita y rápida de amparo, tal como lo prescribe el art. 43, C.N., más aún, advirtiendo la palmaria urgencia que se desprenden de los derechos en juego (derecho a la salud), y que la omisión presuntamente lesiva propia del tipo de acción, incluye a las personas jurídicas (art. 1º, ley 4915 y su modificatoria).-

De otro costado, de manera analógica, *mutatis mutandi*, se ha decidido para el caso de decisiones administrativas, que "*...Es inútil el agotamiento de la vía administrativa, cuando ya se ha anticipado claramente la postura negativa al interés del administrado, pues resulta difícil o casi imposible imaginar una variación en la actitud respecto del sentido original de la decisión de la Administración, porque ello se desprende de su frontal rechazo, además de no ser exigible transitar dicha vía a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional*" (Cfr. CCC Trab. y Fam. Cruz del Eje, *in re*: "Romero...", 12/06/97, LLCba., 1998-1147).-

3.-

Cabe ahora adentrarnos al juicio de verosimilitud provisorio requerible para admisibilidad de la postulación de fondo en sí misma, en orden a la determinación de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto u omisión atacado.-

Tratándose de una medida cautelar que implica la anticipación del objeto de la pretensión principal, se acentúan los requerimientos en orden a la verificación de los recaudos de procedencia, siendo necesario que exista una fuerte probabilidad –aunque no necesariamente la certeza-, acerca de que el derecho invocado existe, la inminencia

de un daño irreparable de no atenderse con idónea premura el requerimiento efectuado y contracautela suficiente.

3. a. La situación fáctica.

En este marco, deben analizarse las constancias de autos a fin de verificar el efectivo cumplimiento de tales requisitos.

A este fin, surge acreditada la patología de la niña M. V. B. A., mediante informe médico de fecha 24/09/2021, del cual se desprende que la niña padece de un cuadro de “pubertad precoz central idiopática”. Que se realizaron estudios médicos que evidenciaron: desarrollo mamario y pubiano en estadio III de Tanner; talla 139.3- Peso 33.5 kg, Ecografía Pelviana, valores de hormona Luteinizante puberales; edad ósea avanzada: edad cronológica 8 años y tres meses y edad ósea 8 años. Dado su mal pronóstico de talla final y el impacto psicológico que produce este cuadro clínico, se indica tratamiento con análogo de LH-RH durante al menos dos años. En virtud de ello, se indicó tratamiento análogo de LH-RH durante al menos dos años. Dicho informe se encuentra firmado por la Dra. A. B., PM17873, M.E.5059. Pediatra Endocrinóloga. Esp. Diabetes N°35.

Se acompaña prescripción médica de la misma profesional del medicamento Decapeptyl 11,25 1 (una) ampolla efectuada con fecha 24/09/2021.

Conforme ello, tanto la patología como la prescripción médica surgen de la documental acompañada. Por otra parte, la obra social no ha negado la cobertura del tratamiento, sino solo en cuanto al porcentual de cobertura, al manifestar que la misma abarcaría solo el 40% de su costo, conforme impresión del mail acompañado.

Expresan los comparecientes que la pubertad precoz central (PPC), también conocida como pubertad precoz dependiente de gonadotropinas, es un trastorno endocrino del desarrollo caracterizado por la aparición de cambios puberales, con desarrollo de características sexuales secundarias y crecimiento y maduración ósea acelerados, antes de la edad normal de la pubertad. Entre las posibles complicaciones de la pubertad precoz se incluyen las siguientes: **poca estatura**, en relación a lo cual el tratamiento temprano de la pubertad precoz, especialmente cuando esta se produce en niños o niñas muy pequeños, puede ayudarlos a ser más altos de lo que serían sin el tratamiento, y **problemas sociales y emocionales**. Las niñas y niños que comienzan la pubertad mucho antes que sus pares pueden ser extremadamente tímidos en cuanto a los cambios que se producen en su cuerpo. Esto puede afectar su autoestima y aumentar el riesgo de depresión, trastornos del comportamiento o consumo de drogas.

Por otro lado, refieren el mencionado medicamento Decapeptyl Retard, producido por Laboratorio Raffo, tiene hoy en día un costo de mercado de **\$112.640**, ello conforme surge del sitio web <https://www.alfabeta.net/precio/decapeptyl-retard.html>, en donde consta el precio de todos los medicamentos. Que dicho tratamiento requiere aplicación por trimestre y por un plazo de al menos dos años, por lo que representa una parte sustancial de los ingresos mensuales de la Sra. M. S. A., empleada de la provincia, ingresos estos que son el sustento familiar en el marco de una economía nacional en grave crisis tal como es de público y notorio conocimiento. Agregan que además de la niña tienen dos hijos más, y que el Sr. A. O. B. se encuentra desempleado, por lo que les resulta imposible costear 60% del tratamiento, mientras percibe un haber mensual de \$89.000. Finalmente expresan que el tratamiento reviste el carácter de urgente e impostergable debido a las consecuencias que la patología mencionada trae tanto en el presente como a futuro para la niña M. V. B. A.

3. b. La especial regla de derecho: Resolución 3159/2019.

Por otra parte, a los fines de ilustrar la eventual arbitrariedad, ilegitimidad e injusticia que le atribuyen a la obra social OSDE, señalan que en el mes de noviembre de 2019, el Gobierno nacional dispuso mediante la Resolución 3159/2019 la cobertura integral del procedimiento hormonal para aquellas personas que pretenden realizarse el cambio de género, por parte de obras sociales y prepagas. De esta manera, el Ministerio de Salud incorporó en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los medicamentos para garantizar el 100% de la cobertura de los tratamientos hormonales que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal para adecuación de la imagen al género autopercibido. Aducen que el artículo 11 garantiza el acceso a los tratamientos hormonales integrales como parte del derecho al libre desarrollo personal y establece que dichos tratamientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO).

Refieren que los servicios de salud, tanto del sistema público como de los sistemas privado y de seguridad social, deben incorporarlos a sus coberturas, garantizando en forma permanente los derechos reconocidos por la Ley 26.743. Expresan que la resolución arriba mencionada no solo se limita a los supuestos de cambio de género, sino también a garantizar la vivencia interna e individual del género, razón por la cual, alegan, el tratamiento que se le ha indicado a la niña M. V. B. A. queda comprendido dentro del PMO (Programa Médico Obligatorio), en virtud de la Resolución 3159/2019, como norma reguladora del caso.

3. c. El caso de autos.

En el caso de la niña M. V. B. A., la clase de patología acreditada sin duda afecta negativamente la vivencia de su identidad como mujer en las etapas de la vida correspondientes. De más está decir que la edad cronológica y el grado de madurez que corresponde a la misma, son datos por demás útiles para dar cuenta de la lesión del derecho de M. V. B. A. a vivir libremente su infancia, por razones que, aunque idiopáticas, pueden mitigarse y hasta fulminarse mediante la medicación pertinente, según lo diagnostican y prescriben los médicos tratantes. De allí que la negativa (aunque parcial) de brindar la prestación adecuada, se presenta potencialmente arbitraria e ilícita, no sólo porque obstaculiza la posibilidad de remover la realidad hormonal y fisiológica actual de M. V. B. A., que le impide ejercer su derecho, sino además, teniendo en cuenta el texto y la tésis inspiradora de la resolución del Ministerio de Salud y Desarrollo Social que cita la amparista, y que ordena incluir en el Programa Médico Obligatorio a medicinas similares a la aquí requerida, y con finalidades también análogas.

Respecto de esta última afirmación, es real que el texto de la norma se dirige a completar el derecho a la identidad de género, incluyendo la vivencia interna e individual como medio para determinarla, al margen de que no se corresponda con el sexo asignado al momento del nacimiento. De allí que, una hermenéutica, semántica literal, podría considerar excluido de la norma al caso de quien no tiene el deseo o el sentimiento de identificarse con un género diverso al del nacimiento, sino sólo con una madurez fisiológica propia de la edad que se tiene, y diferente a la que se experimenta en sus órganos sexuales por causa de enfermedad idiopática.

Tal como lo afirman los representantes de M. V. B. A. y los médicos tratantes, la situación descrita pone en riesgo la libertad de auto percibirse, pues la falta de correspondencia entre la condición de infante y la realidad física, es susceptible de generar confusión sensorial.

Es que no resulta sencillo imaginar lo que devuelve para el interior en ideas y emociones, la advertencia de la propia realidad fisiológica sexual como contradictoria a la del resto de pares etarios, y la analogía en esos aspectos con personas del mismo sexo, pero de distintos rangos etarios al propio.

Sin lugar a dudas la situación también sugiere coadyuvar hacia la búsqueda de coincidencias entre la vivencia interna, con la condición de niña que efectivamente se corresponde con el tiempo de vida desde el nacimiento. Aquí es donde se aprecia no

sólo la verosimilitud del derecho pretendido, sino además la urgencia. Esto último, pues, mientras más tiempo pase mediando la coexistencia de las características del rango etario de niña, con un cuerpo sexualmente propio de una púber, mayor será el riesgo de confusiones y dilemas interpretativos entre lo que el cuerpo pudo o puede hacer, y el resultado negativo emocional que genere la sensación de poder practicar las conductas que no se corresponden al proceder ordinario del ámbito al que se pertenece, ya sea, familiar o social en general (compañeros de escuela, amigos del barrio, etc..). Todo ello, claro está, con el consecuente efecto negativo para el hallazgo de la identidad de M. V. B. A. Objetivo este que sugiere la búsqueda de coincidencia entre edad y desarrollo físico, hormonal y sexual, como medio para evitar un desarrollo emocional confuso e insano.-

En definitiva, el sentido de la Resolución 3159/2019 del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, es perfectamente aplicable al caso aquí planteado, pues la finalidad de equiparar la auto percepción del género con la que se corresponde fisiológicamente con el mismo, también se da en el particular, aunque sólo pretendiendo adecuar la fisiología sexual con el resto de las características propias del edad real conforme a un desarrollo normal y ordinario. Pero en definitiva, ambas custodian el buen desarrollo emocional, y allanan el camino hacia la no discriminación, al evitar realidades externas que tienden a provocar el efecto negativo contrario.

En definitiva, debe concluirse que la hipótesis encuadra verosímilmente en el Programa Médico Obligatorio, debiendo entonces la Obra Social demandada cumplir con el cien por ciento (100%) de la prestación requerida, destinada a la hormonización e inhibición de pubertad, en tanto se enmarcan en el acceso efectivo al derecho a la salud, es decir, en el proceso de constitución corporal e identitaria, el libre desarrollo personal y el derecho a la vida, pretensión que se condice con la reclamada en autos.

A dicha conclusión se arriba teniendo en cuenta no solo los argumentos expuestos a los fines del dictado de la resolución, sino también el bloque normativo que garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN).

La omisión de la cobertura total de la medicación se presenta, *prima facie*, en un caso como el de autos, como una conducta que transgrede el deber de las obras sociales derivado del derecho a la seguridad social con sustento fundacional en la garantía constitucional establecida en el art. 14bis, 4to. párrafo de la Carta Magna Nacional. Allí, expresamente se prescribe que el *Estado otorgará los beneficios de la seguridad social*,

que tendrá carácter **integral e irrenunciable**. Aclarando luego que, *En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio*. La doctrina expresa que "La Constitución Nacional dispone que es deber del Estado el cumplimiento de la seguridad social. Ello no impide que algunas prestaciones estén en manos de la actividad privada, en ese caso, el Estado mantiene la obligación de control y, en última instancia, su cumplimiento directo si aquélla es ineficiente".- Pues bien, sabido es que el Estado aborda su compromiso constitucional mediante el Seguro Social Obligatorio. Gelly explica que esta garantía "... opera como un instrumento de la previsión y la seguridad social, que incluye, **el seguro de salud y de vida...**". "El sistema de seguridad social es obligatorio, con aportes que deben ingresar los interesados, aunque no lo deseen".- "La organización del seguro social obligatorio, conforme a lo dispuesto por el art. 14bis, es una atribución-deber del Estado quien debe estructurar el sistema, asegurando la administración por los interesados y la participación del Estado. No obstante, aquel seguro puede gerenciarse con participación privada o de entes públicos, como las asociaciones profesionales de trabajadores, en relación de dependencia o autónomos. La obligatoriedad para el trabajador consiste en afiliarse a un sistema, pero la Constitución Nacional no impone un modelo de servicios u obras sociales determinado y único".- (Cfr. María Angélica Gelli, "Constitución de la Nación Argentina-Comentada y Concordada-", Tercera Edición Ampliada y Actualizada, LL, 2006, ps. 169/171).-

Conforme lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que el derecho a la salud, conforma parte del espectro de garantías tuteladas por la Constitución Nacional por la vía del seguro social obligatorio, y que es el Estado quien tiene la potestad de estructurar el sistema, mediante el dictado de normas operativas que propendan al diseño de un mecanismo que asegure el cumplimiento de la garantía constitucional expresamente contemplada.- Entre otras normas tendientes a ese fin, el Congreso de la Nación ha dictado la ley de Obras Sociales, 23.660 y sus modificatorias. Aquí, cabe aclarar que la ley 24.754, en su parte pertinente, indica que las empresas de medicina prepaga deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales conforme lo establecido, a su vez, por las leyes 23.660 y 23.661.-

Amén de ello, la omisión de la accionada *prima facie* se presenta como una conducta arbitraria e ilegal, que amenaza el derecho constitucional a la "protección de la salud", que la ley fundamental consagra en su art. 42, 1er, párrafo, como asimismo la

"inviolabilidad de la persona" al que refiere el art. 4 de la Const. Provincial. Este último precepto reza: *"La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respecto y protección es deber de la comunidad y, en especial de los poderes públicos"* (los remarcados me pertenecen). Además, análoga garantía se encuentra contemplada en el art. 19 inc. 1º, C.P., en el capítulo "Derechos Personales", bajo el acápite: "Derechos Enumerados", al disponer que: *"Todas las personas en la provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal."* (el remarcado me pertenece). Barrera Buteler, cita jurisprudencia basada en este precepto, donde se enfatiza acerca del deber de la demandada de fundar sus decisiones que nieguen la prestación de cobertura médica, pues la mera omisión se presenta como una pertinaz atribución discrecional. (Cfr. Cámara 3era. C. y C., *in re: Moyano...c/ I.P.A.M.- AMPARO-*, SENT. N° 99, 23/08/200, según cita en "Constitución de la Provincia de Córdoba- Concordancias- Doctrina-Jurisprudencia-Legislación-", p. 60).-

Por otra parte, la actitud de la prestadora, contradice la tésis elemental que inspira al servicio de atención de salud, en forma gratuita, a efectos de resguardar el derecho fundamental bajo análisis. Teleología esta, que haya su fundamento constitucional en el art. 59, 4to. y 5to. párrs., Const. Prov., al prescribir que: *"El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas desde su concepción". "Asegura el acceso en todo el territorio provincial al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos."* No se me escapa la circunstancia de que la decisión del ente accionado eventualmente provenga del contrato que vincula a las partes.- Sin embargo, en esta instancia de la litis, el criterio de prevención y prudencia sugiere el cumplimiento de la prestación; no sólo por el peligro en la demora que se presenta evidente, sino porque los derechos fundamentales ya enunciados y la debida protección de los mismos, en principio deben prevalecer por sobre la autonomía de la voluntad. Todo ello claro está, teniendo presente que el juicio de valor para determinar tal adjetivación disvaliosa en oportunidad de admitir la demanda de amparo, debe realizarse siempre dentro del marco de la verosimilitud que se requiere para la admisión, más allá de lo que se verifique del estudio de los hechos y el derecho que, luego de tramitada la causa, se establezca en la sentencia (Cfr. C6CCCba, *in re: "Remigio,*

Rubén A. y otra- Amparo, 18/10/91, LLCba., 1992-559; CCCA Río Tercero, *in re*: "G.,E.M. y Otra c/ Colegio La Merced y otras, 27/07/98, LL, 2001-B-216; Tale, Camilo: "El amparo colectivo para la defensa de las vidas humanas", SJ., n° 1280, págs. 266 y ss).- En este punto, cabe aclarar, que la circunstancia de que la prestadora del servicio demandada no se trate de una dependiente del Estado Nacional o Provincial, no obsta a la consideración de los preceptos constitucionales citados, pues precisamente el compromiso asumido por los Estados en su carta magna y tratados internacionales, ha sido delegado por ley al prestador privado que *prima facie* aparece como incumplidor (leyes 23.660 y sus modificatorias y 24.901 y reglamentaciones).-

4.- Finalmente, considero que en principio no se cumplen ninguna de las hipótesis que la ley 4915 establece en el art. 2, para inadmitir liminarmente la acción, más allá de lo que se alegue y prueba durante el trámite de la causa.-

5.- Por todo ello, corresponde juzgar con grado de verosimilitud suficiente, la posibilidad de **admisión de la demanda a los solos fines del tratamiento de la cautelar**, sin que corresponda la impresión del trámite pertinente a mérito de la incompetencia del suscripto para seguir entendiendo, conforme a los argumentos vertidos en el punto 1) de la presente resolución.- Siendo esto así, **el proceso deberá proseguirse por ante la Justicia Federal con sede en esta ciudad.**

6.- En lo que hace a la cautelar peticionada, las mismas razones expuestas respecto a la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, son suficientes para acogerla, previa ratificación de las fianzas ofrecidas.- En este punto, aunque la medida pueda confundirse con el objeto principal pretendido, también es sabido que este tipo de precautorias ha sido aceptada por la doctrina dominante en la materia, bajo la denominada "tutela anticipada"; la que, aunque requiere de un rigor especial en la ponderación del *fumus bonis iuris*, y en el *periculum in mora*, lo real es que ambos presupuestos se presentan suficientemente acreditados en el particular, conforme a las consideraciones esgrimidas más arriba.

Corresponde precisar en este punto que, surge de la prescripción médica la indicación de una ampolla de decapeptyl 11,25mg y del informe médico acompañado que se ha indicado tratamiento durante al menos dos años, pero no se encuentra acreditado que la indicación de la ampolla referida deba ser colocada cada tres meses, conforme ello, dicha prescripción deberá ser acreditada en el expediente y ante la obra social, a fin de lograr una cobertura con la periodicidad requerida.

Siendo ello así, bajo la responsabilidad de las fianzas ofrecidas de cuatro fiadores y previa ratificación, líbrese oficio a los fines de hacer saber a la obra social OSDE, que tan luego de recibido el oficio respectivo, deberá proceder a otorgar en forma inmediata cobertura del **100% del medicamento Decapeptyl 11,25 mg, a la niña M. V. B. A. (Afiliada OSDE n° _____), conforme tratamiento que le fuera prescripto y con la periodicidad que la médica tratante indique**, por el plazo de seis meses o hasta que quede firme la resolución de fondo.-

MASSANO Gustavo Andrés

Texto Firmado digitalmente por: JUEZ/A DE 1RA. INSTANCIA

Fecha: 2021.10.29