

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala Civil, de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia del juez de grado en cuanto ordena al I.N.S.S.J.P. proveer al amparista de insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables. En cambio, revocó parcialmente el pronunciamiento aludido en orden a la cobertura total de "Ampliactil" por corresponder le sea suministrado a la actora en un 40 %, y pañales descartables por no corresponderle (v. fs. 106/112).

Para así decidir, señaló que la accionante manifestó en el escrito de inicio que, a consecuencia de su enfermedad (diabetes) debe suministrársele Insulina Humana 100V en dos dosis diarias, necesitando contar con una jeringa para cada aplicación, y que, para el control de la glucemia le es imprescindible el uso de cintas reactivas. Esta alegación de la amparista -prosiguió- no fue contradicha por el I.N.S.S.J.P. y por ende a ello debe estarse (art. 17 de la ley de amparo y arts. 356, inc. 1°, y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Dijo que la Insulina Humana 100V corresponde sea suministrada con cobertura total, según lo dispuesto en el Anexo I, punto 7.5., apartado tercero, de la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud que regula el Programa Médico Obligatorio de Emergencia. Respecto a la solicitud de cintas reactivas -añadió- también es aplicable el PMO, que en su parte pertinente establece que para pacientes diabéticos insulino dependientes se duplicará la provisión de tirillas para medición de glucemia.

En cuanto al "Ampliactil" consideró ajustado estarse

a lo resuelto por el PMO, es decir hacer lugar a la cobertura de sólo el 40%, según lo establece el Anexo I, punto 7.1.

En lo que hace a la entrega de pañales, manifestó que, si bien existe un sistema nacional denominado "Programa de Provisión de Higiénicos Absorbentes Descartables", aprobado por Resolución 235/01, éste no se encuentra vigente a la fecha atento al estado de emergencia sanitaria nacional declarado por Decreto 486/02 y no existir normativa alguna en el PMO.

-II-

Contra este pronunciamiento, la parte actora, representada desde el comienzo del juicio por el Ministerio Público de la Defensa, interpuso el recurso extraordinario de fs. 115/123, que fue concedido a fs. 131.

Critica a la sentencia por arbitraria manifestando que si bien es cierto que la demandada dio cumplimiento a lo específicamente regulado en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, no es menos cierto que este Programa contempla situaciones generales que no pueden nunca ser atribuidas a una situación particular como la que se plantea en el caso.

Alega que el derecho a la vida y su correlativo derecho a la salud y a la integridad personal se encuentran constitucionalmente plasmados en distintas cláusulas normativas. Invoca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Expresa que el Estado creó el I.N.S.S.J.P., siendo posteriormente reconocido como agente del seguro de salud instituido por las leyes 23.660 y 23.661, dictadas con la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país.

Aduce que no es solamente el PMOE lo que determina

Procuración General de la Nación

la cobertura por parte de la Obra Social, sino también las normas constitucionales e internacionales, la ley 23661, la ley 23.753, el decreto 1271/98 y el Decreto 486/02 que determina la emergencia sanitaria nacional en el marco del cual luego se dictó el PMOE.

Manifiesta que en el sub-lite desoyendo lo estatuido por las normas superiores mencionadas, se establece que el Instituto debe cubrir solo un 40 % de la medicación y no hacerse cargo de la provisión de pañales, debiendo tenerse en cuenta que el accionante carece de recursos mínimos para su subsistencia por lo que mal podría pagar la medicación y los insumos le resultan indispensables.

Reprocha que los sentenciadores, si bien invocan como aplicable al caso la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud Pública de la Nación, no lo hacen en correlación con las demás normas que rigen la materia, como la Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud, la ley específica sobre diabetes, su decreto reglamentario y el propio decreto en virtud del cual se dispuso la resolución mencionada. Sostiene que mediante la aplicación de una norma inferior (una resolución ministerial) se está desconociendo lo establecido en dos decretos del Poder Ejecutivo y en dos leyes nacionales, cuya correcta interpretación impone adoptar una solución diametralmente distinta y conceder las medicinas e insumos requeridos.

-III-

Corresponde recordar en primer término, que V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sis-

tema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323:3229).

Partiendo de esta premisa, cabe señalar que, si bien los anexos del PMO establecen la cobertura de sólo el 40% del Ampliactil, y no contemplan la provisión de pañales descartables, lo cierto es que tales especificaciones resultan complementarias y subsidiarias y, por lo tanto, deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002 en cuanto -aún en el marco de la emergencia sanitaria-, garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. Además, en el inciso "d", puntualiza que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados se encuentra obligado a asegurar a sus beneficiarios el acceso a las prestaciones médicas esenciales.

En este contexto, es inevitable tener en cuenta que la actora -según constancias de autos no controvertidas por la demandada- es una anciana de 75 años, que se desplaza en silla de ruedas, que presenta demencia senil e incontinencia de esfínteres como complicaciones directas del estado avanzado de la diabetes tipo 1, y a cuyo respecto tramita un juicio por insania y curatela (v. certificados fs. 19 y 20).

Conforme a los certificados médicos agregados en autos (fs. 5/14), los medicamentos le son absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad y la incontinencia que padece.

También está probado que no tiene ninguna posibili-

Procuración General de la Nación

dad de acceso a dichos fármacos e insumos, debido a sus escasos ingresos que consisten en una mínima pensión de \$ 241,30 (v. fs. 15/16), y la ayuda de su hija que sólo percibe \$ 150 del Programa Jefe de Hogar (v. fs. 17/18). Estos ingresos no han sido discutidos por el organismo demandado, ni tampoco se ha probado que la actora cuente con otros recursos.

Por las razones expuestas, estimo que el I.N.S.S.J.P. debe proporcionar a la actora el 100 % de Ampliactil y los pañales descartables que necesite, sin que ello importe anticipar opinión para otros supuestos en que no concurren las circunstancias de extrema necesidad que se dan en el presente caso.

No está demás agregar que, en cuanto al Ampliactil, el organismo demandado tampoco ha intentado demostrar la existencia de otros medicamentos alternativos o genéricos de menor costo e igual calidad que produzcan los mismos efectos que el específico solicitado.

La solución que propicio, encuentra justificación en precedentes del Tribunal, que ha establecido que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una peyorativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (v. doctrina de Fallos: 323:1339). También ha dicho que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en su sentencia del 18 de diciembre de 2003, dictada en los autos: A. 891, L. XXXVIII, caratulados "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar").

Por último, a partir de la crítica situación antes descripta en la que se encuentra la amparista, no dejo de advertir la gravedad de la imposición de las costas de la alzada en un 20 % a su cargo, máxime en una cuestión de las características apuntadas, lo que, de hacerse efectivo, conduciría a frustrar el objeto integral de su pretensión ya que significaría una quita a sus magros ingresos, por lo que propicio que las costas sean soportadas íntegramente por la demandada.

En virtud de todo lo expuesto, y dado que la solución del caso, atento a las condiciones precedentemente referidas, no admite mayores dilaciones, opino que se debe declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2004.

FELIPE DANIEL OBARRIO

ES COPIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 16 de mayo de 2006.

Vistos los autos: "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente tratadas en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por esta Corte, y a los que corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada con el alcance señalado y, en consecuencia, se hace lugar a la demanda (art. 16, ley 48). Con costas. Notifíquese a las partes y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

ES COPIA

DISI-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN
M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La señora Reynoso, afiliada al I.N.S.S.J.P. promovió la presente acción de amparo a fin de que la obra social le provea el medicamento Ampliactil, cintas reactivas, jeringas y pañales descartables. Argumentó, que tales elementos resultan indispensables para el tratamiento de la diabetes que padece y que no puede procurárselos por sus propios medios, dado que recibe \$ 241,30 en concepto de jubilación y su hija \$ 150 del "Programa Jefe de Hogar".

Señaló, que la urgencia del pedido radica en el riesgo que corre, ya que la correcta aplicación de la insulina es fundamental para su salud, y afirmó que en numerosas oportunidades concurrió al organismo demandado sin encontrar solución, lo que la condujo a pedir ayuda a la Defensoría Pública Oficial donde se elaboró una nota que tampoco obtuvo respuesta.

En concreto, invocó afectación de su derecho a la vida, a la salud, dignidad e integridad personal garantizados en los artículos 33 y 77 inciso 22 de la Constitución Nacional, XI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 5.1, 11.1, 19, 26 y 29 c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.1, 2.2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En al ámbito legal infraconstitucional, consideró lesionado el artículo 2° de la ley 19.032, modificada por la ley 25.615, que dispone que: "El instituto tendrá como objeto otorgar —por sí o por terceros— a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado de

Jubilaciones y Pensiones y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, atendiendo a las particularidades e idiosincrasia propias de las diversas jurisdicciones provinciales y de las regiones del país.

Las prestaciones así establecidas se considerarán servicios de interés público, siendo intangibles los recursos destinados a su financiamiento.

El Instituto no podrá delegar, ceder o de algún modo transferir a terceros las funciones de su conducción, administración, planificación, evaluación y control que le asigna la presente ley. Todo acto, disposición u omisión por parte de sus autoridades que infrinja este enunciado será declarado nulo de nulidad absoluta" (fojas 29/34 vta.).

2°) La Sala Civil de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia del juez de primera instancia en cuanto ordenó al I.N.S.S.J.P. proveer las cintas reactivas y jeringas descartables a la amparista. Respecto del "Ampliactil", el *a quo* revocó parcialmente el pronunciamiento en orden a su cobertura total, pues entendió que debía correr a cargo del demandado sólo el 40 % de conformidad con el Anexo I, punto 7.5 del Programa Médico Obligatorio (Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud). Seguidamente, dio favorable acogida al otro agravio del PAMI consistente en que no correspondía la entrega de pañales descartables, con sustento en que el "Programa de Provisión de Higiénicos Absorbentes Descartables", aprobado por la Resolución 235/01, no se

Corte Suprema de Justicia de la Nación

encontraba vigente a la fecha (fojas 106/111).

3º) Contra esta decisión, la parte actora ha interpuesto recurso extraordinario federal que resulta formalmente admisible, pues la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata ha sido contraria al derecho que esa parte fundara en normas de carácter federal, concretamente en la ley 19.032 (artículo 14.3 de la ley 48).

En efecto, la demanda había alegado el derecho de la actora a obtener un trato especial y recibir una cobertura total de sus gastos médicos, en razón de carecer de recursos económicos para afrontar siquiera parcialmente el costo de los elementos que, de acuerdo con prescripción médica, eran necesarios para preservar su salud (Escrito de demanda, foja 29 vta., punto que fue mantenido en la contestación de agravios, fojas 100 vta./101 y recurso extraordinario fojas 118 vta./119). La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión en todos sus términos.

Sin embargo, la sentencia dictada por la Cámara Federal denegó ese tratamiento especial y resolvió el caso conforme el régimen general según el cual el INSSJP sólo está obligado a otorgar el financiamiento establecido en la cobertura con que cuentan la generalidad de los afiliados. Sobre esa base rechazó la petición relativa al suministro de pañales descartables y reconoció el derecho de la actora al cuarenta por ciento (40%) del medicamento "Ampliactil", pero no al cien por ciento fijado en la sentencia de primera instancia.

Esa decisión implicó negar, como lo pretendía la actora, que el derecho al trato especial invocado encontrase respaldo en los decretos 486/02, 1271/98, ley 19.032 y más genéricamente en las diversas cláusulas de las Convenciones sobre derechos humanos incorporadas a la Constitución Nacional.

4º) Como quedó dicho, la parte actora interpuso recurso extraordinario sobre la base de que “si bien es cierto que la demandada dio cumplimiento a lo específicamente regulado en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (Resolución 201/2002), no es menos cierto que este Programa contempla situaciones generales que no pueden nunca ser atribuidas a una situación particular como la que se plantea en el caso *sub examine*”. Para respaldar esta consideración particular, hizo referencia al artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12.d. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el plano legal se apoyó en el artículo 2º de la ley 19.032 que organiza y regula el funcionamiento del INSSJP.

El INSSJP mantuvo, al contestar el recurso extraordinario, el rechazo de la pretensión antes descripta sobre la base de que, “los argumentos relacionados con la ‘falta de medios económicos’ vertida por la accionante, si bien resulta de digna consideración, no es circunstancia de la que pueda hacerse cargo el Instituto demandado, cuya actuación se rige por prescripciones de la Ley 23.660, el vigente Plan Médico Obligatorio y la normativa de Emergencia Sanitaria, cuya violación por la obra social, no ha sido ni discutida y por supuesto, tampoco puesta en evidencia, e incluso cumple con las mismas el Instituto, más allá de sus obligaciones...” (fojas 128 vta.).

También explicó la demandada que de acuerdo con la ley que rige su actividad, el Instituto es un “ente público no estatal” (leyes 19.032, 23.660 y 23.661) normativa que no admite la interpretación que propone su contraparte, porque “de aplicarse el criterio sustentado por la amparista, que el

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Instituto debe hacerse cargo de la situación económico-financiera [sic] que padece un amplio porcentaje, el que con seguridad supera el 70% de la población laboralmente pasiva de este país, dejaría de ser un Agente de Salud, desvirtuándose el objetivo de su creación" (fojas 128 vta.).

5°) Las circunstancias de hecho y prueba, tales como el ínfimo ingreso y consiguiente nula capacidad adquisitiva de la actora han quedado definitivamente establecidas en las instancias de grado y no son materia revisable por esta Corte. Por otra parte, tampoco hay diferencias entre los litigantes acerca de que los elementos cuyo suministro requiere la actora forman parte de lo que el artículo 2° de la ley 19.032 denomina "prestaciones sanitarias". Lo mismo sucede con respecto al alcance de la cobertura general del INSSJP y de la competencia de las autoridades sanitarias para fijar esa cobertura general en función de los recursos disponibles.

Por lo tanto, el punto a resolver por esta Corte es si un caso como el de la actora debe ser tratado de un modo diferente al establecido en la cobertura general o no, es decir, si esa regla general puede justificar la posición asumida por el INSSJP y admitida por la sentencia de la Cámara.

6°) La solución que propondré es parcialmente acorde con lo solicitado por el señor Procurador Fiscal, en la medida que considera relevante la falta de recursos económicos de la actora (que se limitan a la jubilación mínima) para solicitar que se condene al Instituto a otorgar una cobertura más amplia de los gastos médicos que le son reclamados, sin que ello implique propiciar la misma solución respecto de afiliados que se encuentren en mejor situación económica. (Apartado III, párrafos quinto y sexto del dictamen de fojas 137). Citó en su

apoyo el precedente "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta" de esta Corte (Fallos: 326:4931).

De este modo, la solución que propone implica que, o bien el Instituto a otorgar una cobertura más amplia de los gastos debe proporcionar a todos sus afiliados un porcentaje, a mi modo de ver igual al que necesita el que menos recursos propios tenga, o bien que el Instituto debe ofrecer coberturas diferenciales según sea la condición económica del afiliado. Los términos del dictamen parecieran seguir este segundo camino.

Una decisión como la propiciada daría por sentado que el Instituto tiene facultades para tomar decisiones de efecto redistributivo en la aplicación de los fondos que administra y que ante requerimientos similares debe entregar más dinero a un cierto grupo de afiliados (los que cobran la jubilación mínima, por ejemplo) que a los demás. Creo que tanto en uno como en otro caso, y ante la expresa negativa de la demandada en este sentido, se impone expresar cuáles son las razones en que se apoya esta competencia para redistribuir, es decir, transferir dinero de unos a otros, en función de su condición económica.

Otra razón por la cual reputo insuficiente remitir al dictamen del señor Procurador Fiscal radica en el diferente tratamiento que, a mi modo de ver, merece el reclamo vinculado con aquellas prestaciones alcanzadas por la cobertura, aunque sea parcialmente, y el relacionado con aquellas prestaciones que están lisa y llanamente fuera de la cobertura que ofrece el Instituto a sus afiliados. Tengo para mí, por las razones que más adelante expondré (considerandos 11 y 12), que los deberes del Instituto en uno y otro caso tienen raíz y alcance distintos.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por último, el intento de justificar la decisión en el precedente "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", es a mi entender, desafortunado, pues ambos casos no guardan una analogía tal que autorice a trasladar sin restricciones la regla de aquella decisión a la presente. En efecto, el precedente citado se trataba de una demanda dirigida contra el Estado Nacional y no contra una obra social como es el INSSJP (aunque, como se verá, una obra social con características que justifican un tratamiento singular). En segundo término, la razón determinante de ese fallo no fue la condición económica de los afiliados a las obras sociales, sino la fundamentación contradictoria e insuficiente del acto administrativo por el cual se recortó la cobertura que las obras sociales deben asegurar a las patologías vinculadas con la esclerosis múltiple. Y, en tercer lugar, lo que allí se decidió fue restablecer la cobertura total y universal de los enfermos con esclerosis múltiple y síndrome de desmielinización, sin distinciones. Por lo tanto, mal puede ese precedente servir como justificación de una decisión, como la postulada en el dictamen del Procurador, que ordenaría otorgar a la actora una cobertura diferencial en relación con la que corresponde a otros afiliados.

7º) La Constitución Nacional, a través de la incorporación de diversos instrumentos internacionales, trata como un derecho humano el de las personas a acceder a la más amplia atención de su salud que sea posible de acuerdo con los recursos disponibles (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, "XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos económicos de la comunidad"; Declaración Universal de

Derechos Humanos "Artículo 25. Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure ... la salud."; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Artículo 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental." y "12.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

8º) El sistema mediante el cual la República Argentina procura satisfacer el derecho a la salud de sus habitantes está organizado sobre la base de un esquema de seguridad social (obras sociales), otro de asistencia social (prestaciones en dinero y especie directamente otorgadas por el gobierno) y un tercer esquema de seguros privados contratados entre empresas de medicina privada y particulares. La norma más abarcativa que se ha dictado es la ley 23.661, cuyo artículo 5º hace referencia a la seguridad social (incisos a y b) y, menos claramente, a la asistencia (inciso c). Por su parte, las empresas de medicina prepaga tienen, en principio, al contrato con el afiliado como base, aunque con una importante restricción introducida por la ley 24.754 que las obliga a garantizar el programa mínimo obligatorio.

La diferencia más relevante entre los sistemas que he mencionado como seguridad y asistencia social es que el primero tiene la forma de un seguro que se financia mediante cuotas que deben pagar los beneficiarios, mientras que el segundo es solventado íntegramente por el dinero público y, en general, estaría previsto para las personas carentes de recursos económicos (Reglamentación del artículo 5.c. de la ley 23.661, dispuesta por el decreto 576/1993).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

9°) El régimen legal general de las obras sociales fue introducido mediante la sanción de la ley 23.660, aunque algunas obras sociales tienen una regulación legal especial, como es el caso del INSSJP que se encuentra organizado y regulado por la ley 19.032.

Si bien las obras sociales se financian (principal, pero no exclusivamente) mediante el pago de cuotas por sus afiliados y esto la diferencia de la pura asistencia social, la relación entre la cuota y la cobertura no tiene una correlación actuarial entre riesgo y prima, como sucede en general con los contratos de seguro. La cuota está fijada como un porcentaje del salario que percibe el afiliado (artículo 16.b de la ley 23.660), es decir, los aportes son diferenciales aunque la cobertura es, en principio, la misma para todo el universo de afiliados.

Por lo tanto, las obras sociales tienen, parcialmente, una función distributiva o asistencial en favor de los afiliados que pagan cuotas más bajas y de los que presentan un mayor riesgo de enfermedad, pues son tratados igual que quienes pagan cuotas más elevadas y que quienes, por ser más sanos, demandan menos recursos de la obra social. Este efecto distributivo encuentra respaldo en el artículo 2º, *in fine*, de la ley 23.661 (que se refiere a la "justicia distributiva" en general, pero no alude de manera expresa a criterios de distribución que tengan en cuenta, por ejemplo, la situación económica de los afiliados).

10) Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, creo que, cuando se trata del INSSJP, que recibe el financiamiento público dispuesto en el artículo 8.k de la ley 19.032, la capacidad adquisitiva del afiliado debe ser un dato a tomar en cuenta. Como este deber del INSSJP tiene carácter jurídico y, concretamente, apoyo en el derecho federal

(régimen de la ley 19.032), me inclinaré por aceptar la pretensión de la actora y la opinión coincidente del Procurador Fiscal en cuanto a que la situación de carencia económica debe ser tomada en cuenta por el INSSJP a efectos de otorgar cobertura sanitaria a sus afiliados.

El aporte de dinero público al INSSJP le obliga a seguir una lógica distributiva más intensa, en el sentido indicado, pues lo contrario implica concentrar la ayuda en el sector de beneficiarios con capacidad económica bastante para soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia depende completamente del financiamiento del INSSJP. En efecto, aquellos jubilados que, por su carencia o severa limitación de recursos propios, se ven impedidos de afrontar el tramo no cubierto de sus gastos sanitarios lisa y llanamente no demandarán el medicamento o prestación médica de que se trate y, por ende, el INSSJP tampoco tendrá necesidad de aportar el porcentaje que le corresponde. De este modo, el INSSJP concentrará financiamiento en los jubilados con cierta capacidad económica propia y, silenciosamente, abandonará a los que carecen de ella y tampoco están ya en condiciones de trabajar para procurársela. El caudal de fondos que el INSSJP destina a las coberturas parciales de gastos sanitarios estaría dirigido en mayor medida al grupo de jubilados que cuentan con medios económicos suficientes para autofinanciarse, pero excluiría a quienes, como la actora, carecen de recursos propios. Creo que semejante clasificación entre jubilados con recursos y sin ellos, constituye un doble fracaso en cumplir con el artículo 2° de la ley 19.032: no es "equitativa" en sus efectos, pues introduce una discriminación vinculada a la condición económica, y no es "eficaz" porque no asegura un acceso efectivo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

En suma: si bien toda obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo (artículo 3° de la ley 23.660, *in fine*), el INSSJP, por recibir fondos estatales, debe incluir en esa regla de distribución el dato referido a la carencia total de recursos propios e imposibilidad de trabajar de sus afiliados.

Le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura y, en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si, finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial.

Sobre la base de lo expuesto y en lo que se refiere al medicamento "Ampliactil" (o su equivalente genérico), no es suficiente, entonces, para tener por justificada la posición asumida en esta causa por el INSSJP, el que se apoye en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia (Resolución N° 201/2002, dictada por el Ministro de Salud, en cumplimiento del Decreto N° 486/02) que reconoce un porcentaje invariable para cualquier afiliado (40%), cualquiera sea su posibilidad de financiar el saldo (60%).

11) Sin embargo, este razonamiento no alcanza a aquellas prestaciones que están fuera de la cobertura que ofrece el INSSJP. En efecto, en esta segunda situación, de acuerdo con el régimen general, ningún afiliado recibirá del INSSJP financiamiento alguno, cualquiera sea su condición económica y, por ende, no produce con su conducta ninguna fractura a las reglas básicas sobre las que debe funcionar el

INSSJP, de acuerdo con el marco de la ley federal 19.032. En este aspecto he de apartarme del dictamen del señor Procurador Fiscal y del voto de mis colegas, pues no encuentro cuál puede ser la base legal o constitucional para doblegar la decisión que ha tomado el INSSJP al aplicar sus recursos y fijar qué prestaciones está en condiciones de incluir en su cobertura.

Por todo lo expuesto, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, y, en ejercicio de la facultad otorgada a esta Corte por el artículo 16 de la ley 48, se revoca la sentencia apelada en lo que se refiere al medicamento "Ampliactil" o su equivalente, cuyo costo deberá ser cubierto en un 100% por la demandada (considerando 10). En lo concerniente a los higiénicos descartables, no alcanzados por la cobertura que ofrece el INSSJP, se confirma la sentencia de la alzada (considerando 11); costas por su orden. Notifíquese y remítase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **Graciela Ciasca**, en representación de su madre **Nilda Noemí Reynoso**, representada por el Dr. **Horacio González Sueyro**, defensor público oficial

Traslado contestado por **el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (I.N.S.S.J.P.)**, representado por la Dra. **Angela M. Razza Casas**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal N° 2 de Mar del Plata**