LA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA DEBE CUBRIR LOS COSTOS DEL HISOPADO PARA DETECTAR EL COVID-19 A AFILIADA PRÓXIMA A DAR A LUZ

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario

Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación: 17

Rosario, 11 de agosto de 2020

Y VISTOS:

Los presentes autos «C. M. C/ PLENIT MEDICINA PREPAGA s/ RECURSO DE AMPARO «, CUIJ : 21-02932494-5, Expte. 352/20, venidos a despacho a los fines de resolver la Medida Cautelar peticionada por la actora a fs. 36 tendiente a que la demandada le de íntegra cobertura al costo que irrogue el análisis para detectar el COVID 19 atento la proximidad de la fecha del parto; constancias obrantes y normas pertinentes .- Y de los que RESULTA: Dicha cautelar fue sustanciada con la demandada PLENIT MEDICINA PREPAGA , quien a fs. 46 y sgtes. comparece a estos autos plantea la incompetencia de éste Tribunal y la competencia de la justicia federal y postula el rechazo de la medida cautelar articulada, dejando a los presentes en estado de resolver .-

Y CONSIDERANDO : Liminarmente he de avocarme al tratamiento de la excepción de incompetencia articulada por la parte demandada .- En tal tarea es preciso remarcar que comparto el criterio de la excepcionante en cuanto a la incompetencia de la suscripta, criterio que por otra parte también es sostenido por nuestros Máximos Tribunales Nacional y Provincial.- Asi es, la suscripta comparte el criterio que en aquellos reclamos relativos a prestaciones de servicio de salud o cobertura de tratamientos incluidos en el Programa Médico Obligatorio se halla involucrado un interés federal concreto, ya que dichas prestaciones médicas a las cuales se encuentran obligadas no solo las obras sociales sino también las mutuales que operan como prestadoras del servicio nacional de salud, se imbrican en el sistema de normas, reglamentos y disposiciones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional a las que el Alto Tribunal nacional ha considerado como normas federales.

No obstante ello, entiendo que la presente causa por su naturaleza, esto es, por estar implicados en el caso los derechos a la salud y a la protección de la vida de la persona por nacer requiere un inmediato tratamiento debiendo resolverse no obstante la incompetencia la medida cautelar articulada .

Se pone en acto así, el principio de tutela judicial efectiva, por encima de normas procesales que podrían implicar una postergación de la resolución de la medida cautelar con la consecuente pérdida de los derechos (arts. 14, 18 y conc. Const. Nacional, art. XVIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica ). Ello así, entiendo que una vez superada la etapa de » urgencia » , será la Justicia Federal a quien le corresponda resolver el fondo de la pretensión .- Así es, y dentro del mismo lineamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), ha reafirmado en recientes pronunciamientos, el derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 ; también en «Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/amparo ley 16986» , del 01/06/2000, JA 2002-IV, síntesis).

A diferencia de otras funciones públicas que el Estado presta en forma monopólica (por ej., justicia), el cometido público de la prestación sanitaria se realiza a través de «las obras sociales, de las mutuales y del sector privado, por imperio de la delegación del ejercicio de la competencia para ejecutar tal objetivo público. Por tanto, las obras sociales son un instituto de derecho público, cuyo cometido principal también es público. De ello se deriva que el vínculo jurídico entre una obra social y sus afiliados y beneficiarios, no tiene su fuente en un contrato oneroso sino en la ley, que establece una relación de derecho público» (Garay, Oscar E., Desregulación de las obras sociales, Ad-Hoc, 1997, p. 86).

A partir de esta línea de razonamiento, se ha resaltado que «el sistema de obras sociales, como parte de la seguridad social, comparte los fines de la misma, por lo que su implementación no debe concebirse en forma restrictiva sino procurando brindar prestaciones integrales (cfme. arts. 14 bis, CN, y 2, ley 23.661). La obra social debe procurar que el servicio se brinde en las condiciones más idóneas» (Cám. Fed. Rosario, Sala B, «Favero Gladis N. en nombre de su hija S. de G. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados / Programa de Atención Médica Integral», 07/02/2006).

Sentado ello, corresponde entonces analizar seguidamente si en el sub lite se dan los presupuestos jurisprudenciales para acoger la petición cautelar .- La verosimilitud del derecho invocado por la actora está acreditada por las constancias acompañadas que fueron expedidas por la demandada al momento de brindarle a la Sra. C. los requisitos administrativos y médicos que requiere el efector al momento de la internación para la realización del parto o cesárea ( vgr. fs. 7/18 ) .

Asimismo también da cuenta del requisito solicitado de » testeo de COVID 19 » a partir de la semana 38 de gestación y 38 y 3 días, la carta documento obrante a fs.2 . No obstante ello la demandada al comparecer solo cuestiona que el testeo no está incluído dentro del PMO y por lo tanto la financiación por parte de las empresas de medicina prepaga no es obligatoria .- El peligro en la demora y la inminencia del daño se encuentran prima facie acreditados en las circunstancias personales de la actora, quien se encuentra transitando la semana 37 de embarazo y el hisopado le es requerido a partir de la semana 38 y semana 38 y tres días, siendo inminente el arribo a dicha fecha .

En otro orden de ideas y más allá de los argumentos vertidos por la demandada en ocasión de contestar la cautelar comparto el criterio de que en casos en que el objeto último de la acción es la protección de la salud de una persona y de un niño por nacer, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria, no debe exhibir el mismo rigor que en otros, habida cuenta de las consecuencias dañosas que podría traer aparejadas la demora en satisfacer las prestaciones reclamadas, ponderando también que en estos supuestos el eventual perjuicio que podría generar para una de las partes la admisión de la medida es habitualmente mucho menos trascendente que el que implicaría la denegatoria para su contraria.

Cabe recordar, en primer lugar, el especial contexto actual imperante, donde el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de lo cual se tomaran 6 diversas medidas en nuestro país , según la región afectada – rigiendo en la actualidad en nuestro territorio provincial el DISPO o Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio -, reflejando dicha coyuntura, la grave emergencia sanitaria nacional y los bienes jurídicos tutelados en ciernes (la vida y la salud, arts. 75 inc.22 y 23 CN).

Asimismo, ninguna duda cabe en cuanto a la mayor situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres embarazadas frente a un posible contagio de COVID-19, habiéndose elaborado desde la órbita de la autoridad sanitaria Nacional y Provincial, recomendaciones para su atención. procurando evitar el contagio del COVID-19 y en el mismo orden de ideas deberá considerarse también que a diferencia de cualquier patología la embarazada cursó los 9 meses de gestación acompañada de su obstetra y escudarse para otorgar la prestación en que el requisito es administrativo pudiendo acceder a otro efector es a todas luces arbitrario y contrario a las normativas citadas .- En ese contexto, se revigoriza el mandato constitucional del artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y el consecuente deber de promover medidas de acción positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de vulnerabilidad .- Tales circunstancias tornan necesaria la adopción de medidas no sólo paliativas sino principalmente y en especial de tinte preventivas, con carácter urgente, en salvaguarda de la integridad de la población de mayor riesgo ante el virus y del equipo de salud que la asiste. Máxime ponderando que el aludido mandato constitucional ha de aggiornarse en un marco situacional como el actual, que va variando día tras día y amerita ponderar el comportamiento, evolución y variación epidemiológica que se presenta en cada momento y lugar determinados.- Por lo demás, sabido es que la decisión de otorgamiento de la cautelar importa apreciar «provisoriamente» el mérito de la pretensión, no requiriendo un examen de certeza del derecho y en este sentido la C.S.J.N. ha dicho: «Las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho protegido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad». (Fallos: 306-2-2060).

El requisito de la contracautela merece una especial atención. Se ha dicho que la fianza no es un elemento esencial de la cautelar, ya que la misma no es condición de su otorgamiento sino de su ejecución (C. Civ. y C. de S. Fe, Sala 2º, «Diaz, Florencio y otro c/ Morettín, José y/o ocupante s/ Desalojo», Zeus, T. 12, pág. R-24).- A tal fin, y teniendo en cuenta que en el caso está en juego la protección del derecho a la salud, y que la exigencia de una contracautela real, podría impedir en los hechos la materialización del aquel derecho de fundamental trascendencia, juzgo adecuado que la medida cautelar ordenada se efectivice prescindiendo de éste requisito.-

Por tanto, RESUELVO : 1°) Haciendo lugar a la medida cautelar interpuesta en los presentes, y en consecuencia, ordenar a la demandada PLENIT MEDICINA PREPAGA le de íntegra cobertura al costo que irrogue el análisis para detectar el COVID 19 ( hisopado ) atento la proximidad de la fecha del parto a la actora Sra. C. M. 2°) Ofíciese a fin de dar cumplimiento a lo aquí resuelto . 3°) Declarando la incompetencia de la suscripta para entender en la cuestión de fondo, debiendo en consecuencia y efectivizada que fuere la medida cautelar, remitirse los autos a la Justicia Federal .-

Insértese y hágase saber .-

DRA. MA. AMALIA LANTERMO

Secretario

DRA. MA. SILVIA BEDUINO

Juez