

## Tratamiento Farmacológico Cobertura Del 100 Medicamento No Aprobado Por Le Anmat Medicamento De Caracter Experimental

### JURISPRUDENCIA

Tratamiento farmacológico. Cobertura del 100%. Medicamento no

aprobado por le ANMAT. Medicamento de carácter experimental  
resolución que decidió hacer lugar a la medida precautoria solicitada -cobertura integral del 100% del tratamiento clínico y farmacológico prescripto por el médico tratante del actor.

En el marco de un amparo de salud, se confirma la

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2015. Y VISTO: El

recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 334/343 -el que fue respondido a fs. 349/356 por la actora- contra la resolución de fs. 328/331; y  
CONSIDERANDO: 1. La parte actora inició acción judicial -con medida cautelar- contra Swiss Medical S.A. y Cooperativa Limitada de Asistencia Médica y Farmacéutica, Servicios Asistenciales y Turismo del Personal Superior de la Industria del Caucho y otras Actividades Industriales (CAMPSIC) solicitando la cobertura integral del 100% del tratamiento clínico y farmacológico prescripto por su médico tratante para la enfermedad ?Policitemia Vera? que padece y que consiste en la aplicación semanal de Interferón Pegilado (Pegasys), a razón de cuatro ampollas mensuales por tiempo indefinido (cfr. fs. 147). Adujo que resultaba ser afiliada de Swiss Medical S.A. como adherente a través de CAMPSIC. En el primer pronunciamiento que obra en la causa, el Sr. Juez decidió hacer lugar a la medida precautoria solicitada (cfr. fs. 196/197). Consta en la causa: a) el informe del perito médico designado en la causa (cfr. fs. 313/314) y b) dictamen del Sr. Fiscal, quien se pronunció en el sentido de hacer lugar a la acción de amparo interpuesta (cfr. fs. 322/327). El magistrado se pronunció sobre el fondo de la cuestión admitiendo la demanda. Decidió que Swiss Medical S.A. brinde la cobertura integral de la medicación Interferón Pegilado (Pegasys), a razón de cuatro ampollas mensuales por tiempo indefinido, conforme prescripción médica. Las costas fueron impuestas a la accionada (cfr. fs. 328/331). La demandada interpuso recurso de apelación contra lo decidido a fs. 334/343, el que fue concedido a fs. 348 (segundo párrafo). También obra un recurso contra la regulación de los honorarios de la letrada patrocinante de la actora (por considerar elevados los emolumentos determinados por el magistrado -cfr. especialmente fs. 343 vta.-), el que será tratado a la finalización del presente pronunciamiento. 2. Swiss Medical S.A. solicitó la revocación de lo decidido sobre la base de agravios que pueden resumirse en los siguientes: a) el medicamento requerido no se encuentra autorizado por la ANMAT para tratar la enfermedad que padece la actora; b) la prestación reclamada no se encuentra prevista en el Programa Médico Obligatorio; en consecuencia, no existe obligación legal de cobertura a cargo suyo ni al 40% ni al 70% ni al 100%; c) tampoco existe deber contractual que la obligue a otorgar la prestación objeto de esta causa. El Reglamento General de Contratación de Swiss Medical S.A. establece que las drogas -incluso las de carácter experimental- o medicación no autorizadas por el Ministerio de Salud y/o Autoridad de Aplicación quedan excluidas de la cobertura que brinda a sus asociados y d) en forma previa al inicio de esta acción, su parte se avino a brindar la cobertura de la medicación en cuestión, a modo de excepción, dejando a salvo su responsabilidad mediante la suscripción de un acuerdo en dicho sentido, extremo que la actora no aceptó. 3. Se debe señalar, en primer lugar, que el escrito de expresión de agravios, para ser considerado como tal, deberá contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, sin incurrir en meras repeticiones de posiciones ya sostenidas en la primera instancia y desestimadas por el juez (cfr. art. 267 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, texto según la ley 26.939, Digesto Jurídico Argentino). En ese orden de ideas, la presentación formulada por Swiss Medical no refuta los fundamentos que determinaron la decisión de primera instancia e incurre en una mera manifestación de discrepancias con lo resuelto. En efecto, tras examinar las constancias de la causa, se advierte que los agravios esgrimidos por la accionante en esta ocasión, son similares a los formulados en ocasión de contestar la demanda (cfr. fs. 268/282). 4. Si bien la tarea de los jueces no se agota en el encuadramiento jurídico del conflicto y comprende la facultad y el deber de dirimirlo según el derecho vigente, de conformidad con el principio de justicia, estas premisas no habilitan a sustituir los hechos de la causa ni a apartarse de los términos de la litis, afectando la imparcialidad propia de la función judicial. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la recurrente no ha motivado suficientemente sus reproches, señalando y demostrando los errores en que hubiese incurrido el magistrado de la primera instancia, todo lo cual conlleva la deserción del recurso (cfr. art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, texto según DJA; esta Sala, causas 7693 y 7706 del 23/11/93; 3555/97 del 6/12/00; 6315/94 del 15/7/03; y 1838/03 del 10/8/04, entre otras). 5. Si bien lo expuesto en los considerandos precedentes es suficiente para rechazar el recurso presentado, no es ocioso recordar que el art. 28 de la ley 23.661 establece que los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la autoridad de aplicación establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo con lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente. El Programa Médico Obligatorio -que fue concebido como un régimen

mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (cfr. parte expositiva de la Resolución 939/2000 del Ministerio de Salud, modificada por la Resolución 201/2002; esta Sala, causa 10.321/2002 del 13-4-2004)- establece en el Anexo II que los agentes del seguro de salud garantizarán a través de sus prestadores propios o contratados la cobertura y acceso a todas las prestaciones incluidas en el catálogo allí previsto; que no es un listado indicativo de facturación prestacional y que las prácticas citadas podrán ser realizadas por la especialidad correspondiente (la cursiva no está en el original), no afectando la libertad de contratación ni los acuerdos de aranceles entre los Agentes del Seguro de Salud y los prestadores del servicio. Su función es brindar a los beneficiarios un listado de prestaciones que los Agentes del Seguro de Salud se encuentran obligados a otorgar en las condiciones establecidas. Por otra parte, precisar el contenido de la obligación médico-asistencial resulta a veces de difícil determinación. La labor médica impone una actitud terapéutica orientada a alcanzar la curación del paciente, a la protección de la salud o a aliviar las consecuencias de una enfermedad. Este quehacer conlleva la obligación de prestar una asistencia eficaz y del modo más idóneo, acorde con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en relación a la situación particular de cada enfermo y los distintos tratamientos, debiendo ser ejecutada con las exigencias y desarrollo evolutivo de la ciencia médica en un determinado momento histórico (cfr. CNCiv., Sala E, causa ?B.,C.A. c/ Sistema de Protección Médica S.A.?, del 24-6-2005, publicada en LL, ejemplar del 21-7-2005, pág. 7). En este orden de ideas, las prestaciones que reconoce el Programa Médico Obligatorio no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de ?calidad de vida?, que es esencialmente cambiante (cfr. CNCiv., Sala E, causa ?B.,C.A. c/ Sistema de Protección Médica S.A.?, antes mencionada). Cabe destacar, también, que el mismo Programa Médico Obligatorio de Emergencia prevé que el agente de seguro de salud, con arreglo a lo previsto en el Anexo II (Resolución 201/2002), está facultado para ampliar los límites de cobertura de acuerdo a las necesidades individuales de sus beneficiarios (la cursiva le pertenece al Tribunal). En otras palabras, no constituye una limitación para dichos agentes, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doctrina de causas 630/2003 del 15-4-2003 y 14/2006 del 27-4-2006). Por ende, debe ser entendida como un ?piso prestacional?, por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de jerarquía constitucional (cfr. Sala de FERIA, causa 8.780/06 del 26-07-07). Dicho esto, y como ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 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 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (cfr. Fallos: 324: 3988). Tales fines, que se aplican a la demandada, persiguen, primordialmente, procurar el pleno goce del derecho a la salud (cfr. esta Sala, causa 2228/02 del 01.04.04). Con lo cual, la asistencia de los afiliados debe encararse con un criterio amplio que tenga en cuenta, principalmente, el derecho a la salud, respetando la evolución de la ciencia, si aquélla es prescripta por los profesionales especialistas en el tema. 6. Por otro lado, corresponde señalar que la prueba de peritos es un juicio de valor sobre cuestiones respecto de las cuales se requieren conocimientos especiales (art. 457 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -texto según la ley 26.939, Digesto Jurídico Argentino), opinión técnica que el juez no se encuentra obligado a seguir inexorablemente pero que tampoco puede ignorar arbitrariamente (cfr. E.D 89-495). En principio, la labor judicial indica que debe ceñirse a la apreciación pericial, pero valorar su contenido de acuerdo a la competencia del emisor; los principios científicos en que se funda el informe; la aplicación de las reglas de la sana crítica a sus conclusiones y fundamentos; las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen; y el contenido de los demás elementos de convicción que se desprendan de la causa que corroboren o controviertan aquél (cfr. argumento del art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -texto según la ley 26.939, DJA). Si bien es cierto que el magistrado no tiene que inclinarse necesariamente por las opiniones técnicas expuestas en sede administrativa o por las propias de la judicial, tampoco lo es menos que, para hacerlo, es necesario aducir razones fundadas de entidad suficientes, puesto que la naturaleza de la cuestión debatida remite a cuestiones ajenas a la ciencia que el juez está obligado a conocer (cfr. L.L. 1980- A-94 y E.D 99-632). Ello sentado, resulta oportuno señalar que la falta de aprobación de la medicación solicitada por parte de la ANMAT para la dolencia que padece la actora no basta para sustentar el rechazo de la pretensión, ante la fuerza de convicción que surge de la indicación concreta del médico tratante de la accionante (cfr. resumen de historia clínica y receta de fs. 144/147), cuyo criterio es coincidente con las conclusiones del perito médico legista, Dr. Claudio Eduardo Nicolás, quien dictaminó: ?...la indicación de tratamiento más adecuada para la accionante es el Interferón pegilado...? (cfr. fs. 313/314), y ello no fue cuestionado por la recurrente en ese aspecto (cfr. esta Sala, doctrina de la causa 3249/13 del 7.10.14 y Sala II, doctrina de las causas 1700/10 del 28.4.11 y 6770/06 del 1.11.07). 7. Finalmente, y respecto de la queja apuntada en el punto D), no es ocioso destacar que de las constancias adjuntadas a esta causa a fs. 143, como también de los propios dichos de la demandada, se desprende que el directorio de la accionada autorizó la cobertura del 50% de dicha prestación. En

consecuencia, si la propia recurrente resolvió voluntariamente acceder a la cobertura solicitada -aunque en forma parcial, y bajo la condición de suscribir un convenio-, no puede ahora desconocerla y manifestar que no se encuentra obligada ni legal ni contractualmente, como tampoco invocar la circunstancia de la falta de aprobación de dicha medicación por la ANMAT para la patología que padece la accionante. En tal sentido, debe tenerse presente que la pretensión tiene sustento en el plexo normativo que protege y resguarda el derecho a la salud e integridad física de las personas -que encuentra fundamento en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna-, normativa a la cual la demandada se sometió voluntariamente al acceder -parcialmente- a la prestación requerida, y que pretende desconocer su anterior comportamiento. Ello así, pues es sabido que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (cfr. Sala III, doctrina de la causa 2138/04 del 17.3.05 y esta Sala, doctrina de las causas 15.111/04 del 24.2.05 y 12.862/04 del 27.10.05 y sus citas). Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: declarar desierto el recurso interpuesto, con costas a cargo de la apelante (art. 70, primer párrafo, del código de rito). En atención al recurso deducido a 334/343 (punto E), contra la regulación de honorarios practicada en el decisorio impugnado, y ponderando el mérito, la extensión, la eficacia de la labor desarrollada y la naturaleza del juicio, se confirman - desde que sólo fueron apelados por altos- los emolumentos de la Dra. Mirta del Carmen Ibarra en la suma de pesos nueve mil (\$ 9.000); art. 36 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432. Por la labor realizada en la Alzada -contestación que obra a fs. 349/356-, considerando la naturaleza del proceso y el éxito obtenido, se regulan los honorarios de la letrada patrocinante de la actora, Dra. Mirta del Carmen Ibarra, en la suma de dos mil setecientos (\$ 2.700); art. 14 y cit. del arancel. El doctor Francisco de las Carreras no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. María Susana Najurieta

Ricardo Víctor Guarinoni

009729E