

## Amparo De Salud Medida Cautelar Innovativa Provision De Medicamento

### JURISPRUDENCIA

### Amparo de salud. Medida cautelar innovativa. Provisión de

medicamento En el marco de una acción de amparo, se declara abstracto el tratamiento de la apelación interpuesta contra la resolución en la que se decretó medida cautelar innovativa; haciendo lugar a la acción promovida y ordenando a OSDE arbitre los medios necesarios, para que en forma inmediata suministre a la actora la medicación que necesita. En la ciudad de Corrientes, a los once días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, estando reunidos los Sres. Jueces de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones, Dres. Selva Angélica Spessot, Mirta Gladis Sotelo de Andreau y José Luis Aguilar, asistidos por la Sra. Secretaria de Cámara Dra. Cynthia Ortiz García de Terrile, tomaron conocimiento del expediente caratulado ?Mensching Marcos Javier e Ilana Dansker en representación de su hija menor c/OSDE s/ Amparo?, Expte. N° 1543/2017/CA1, proveniente del Juzgado Federal N° 1 de Corrientes. Efectuado el sorteo a los fines de determinar el orden de votación, resultó el siguiente: Dres. Mirta Gladis Sotelo de Andreau, José Luis Aguilar y Selva Angélica Spessot. SE PLANTEAN LAS SIGUIENTES CUESTIONES: -¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? -¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LAS CUESTIONES PLANTEADAS LA DRA. MIRTA GLADIS SOTELO DE ANDREAU DICE, CONSIDERANDO: 1- Que la demandada interpuso dos recursos de apelación, a) a fs. 79/88 y vta., contra la resolución en la que se decretó medida cautelar innovativa; y b) a fs. 244/250, para impugnar el fallo que hizo lugar a la acción promovida y ordenó a OSDE arbitre los medios necesarios, para que en forma inmediata suministre a la actora la medicación denominada NUSINERSEN (SPINRAZA NR) -con una cobertura del 100%- en la cantidad, tiempo y forma prescritos por el/los médico/s tratante/s, a efectos que la menor pueda realizar el tratamiento indicado en forma continuada e ininterrumpida para tratar la enfermedad que padece: Atrofia Muscular Espinal (AME), Tipo 2, absteniéndose de realizar todo acto que implique poner en riesgo la vida, salud e integridad física de la menor, confirmó la cautelar dictada y lo actuado en el expediente, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales. 2- Que, al formular la apelación contra el fondo de la cuestión el accionado manifiesta que la sentencia es un cúmulo de vaguedades y que el a quo incurre en aseveraciones dogmáticas para justificar su decisión. Tilda de inadmisibles considerar que OSDE pone en peligro la vida de la menor. Critica la orden de que su parte provea el medicamento cuando éste no se halla dentro del Programa Médico Obligatorio, y que justamente la obligación de su parte tiene un límite, y es el listado de ese Programa. Añade que la medicación requerida no está aprobada por la ANMAT para su utilización en el Territorio Nacional. Cita fallos que a su entender serían aplicables al caso. Asegura que el a quo no ha tenido en cuenta a las prestaciones de salud como recurso escaso, y ha tratado la cuestión, como si fuera un derecho subjetivo absoluto. Arguye que el sistema de salud vigente en la Argentina no convierte al médico en el juez final de las prestaciones a cargo de las obras sociales. Explica que, contrariamente a las consideraciones del a quo, si no hay fundamentos para imponer a OSDE la obligación de proveer el medicamento, entonces tal obligación debe recaer, como los mismos actores pidieron, sobre el Estado Nacional. Afirma que su parte no discute que la menor padezca la patología que denuncian, empero, aclara que la necesidad de la misma no marca los límites de su obligación. Seguidamente, hace referencia a la Resolución 331/2004 de la Superintendencia de Servicios de Salud y sostiene categóricamente que no hay norma legal o convencional que imponga a OSDE la prestación requerida, ya que excede clara y notoriamente los límites de la cobertura contratada por los actores. Asevera que el fallo en crisis es un acto jurisdiccional descalificable y carente de real motivación. Funda los derechos de su parte en las previsiones de las Leyes 23660, 23661, 26689, 26529 y normativa concordante. Asimismo manifiesta que se encuentran ante una sentencia arbitraria que conlleva la violación de la garantía constitucional del debido proceso (art.18 CN) y del derecho de la propiedad (art.17 CN). Al final, solicita se revoque la sentencia recurrida y efectúa reserva del caso federal. 3- Concedida a fs. 252 la apelación descrita en el punto precedente, y corrido el traslado de ley, la parte actora contestó a fs. 253/266 vta. Sostiene que al caso de marras le son aplicables las disposiciones de la Ley 24901 que legisla el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral de las Personas con Discapacidad, y la Ley 26689 respecto de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes, pues la condición de Discapacitada de la menor y la enfermedad que padece no se encuentran controvertidas en autos. Dice que no parece posible afirmar que las Leyes 24901 y 26689 se hallen limitadas a incluir ciertos tratamientos médicos en el Plan Médico Obligatorio, ya que no se discute que este es un piso mínimo y no un techo. Explica que el propio Decreto 749/15 que reglamenta la Ley 26689 en su artículo 6° refiere a que como mínimo se incluye la cobertura médica asistencial del PMO. Observa que el art. 38 de la Ley 24901 expresa que en caso de que una persona con discapacidad requiera, en función de su patología, medicamentos... que no se produzcan en el país se le reconocerá el costo total de los mismos, y que a su entender esto motivó que el a quo dispusiera la

obligación de cobertura del 100% de la medicación solicitada, argumento que no fue controvertido por el apelante, por lo que impide a la Alzada ejercer su potestad revisora sobre la interpretación dada al mismo por su competencia derivada y no originaria. Recalca que el PMO previsto en la Ley 24754 no establece un techo ni un numerus clausus, sino constituye un presupuesto mínimo de prestaciones que las empresas de medicina prepaga deben brindar a sus afiliados, el cual no se actualiza desde el año 2002, por lo que supeditar el reconocimiento de un derecho a la demora del Estado, es absurdo. Alega que el caso que nos ocupa confluyen circunstancias tuitivas, destaca que se trata de una menor, discapacitada y que su única esperanza de mejorar su calidad de vida e incluso de poder seguir viviendo es el medicamento indicado, dado el carácter progresivo de la enfermedad. Manifiesta que el tratamiento de la enfermedad desde que se detectó, ha sido asumido por la prepaga, por lo que resulta una contradicción en sus actos, que pretenda justificar que su obligación es cubrir el tratamiento de síntomas y no la evolución progresiva de la enfermedad, tornándose contrario a la buena fe y por ende inadmisibles. Agrega que la amplitud de prestaciones previstas en la Ley 24901 responde al objetivo de lograr la integración social de las personas con discapacidad (arts. 11, 15, 23 y 33), para lo cual implementa un sistema de prestaciones básicas de atención integral que incluye acciones de prevención, asistencia, promoción, protección y rehabilitación. Por esta razón, entiende que es indubitable que el medicamento prescrito está incluido entre las prestaciones de esa Ley. Aduce que no se ha controvertido que la menor encuadra en la categoría de discapacitada, y que por ello goza de la protección de la Ley 24901, ni se ha discutido que la enfermedad padecida se enmarque dentro de los parámetros de la Ley 26689. Analiza que el propósito de lucro de la actividad que las empresas de medicina prepaga desarrollan, cede ante la protección de derechos constitucionalmente garantizados (art. 42) y las garantías reconocidas por los tratados internacionales. Enfatiza que tampoco ha sido alegado siquiera que la absorción del costo rompa el equilibrio del sistema. Refiere que si la apelante entiende que el Estado Nacional debe hacerse cargo del gasto, que lo resuelva sin someter a la menor, que es la más vulnerable de la relación. Cita normas internacionales y jurisprudencia vinculante. Entiende que su parte como consumidor se encuentran en una posición de subordinación estructural. Remarca la debilidad argumental de la demandada. Afirmar que la medicación prescrita (SPINRAZA NR - NUSINERSEN, que es un oligonucleótido antisentido) ha sido recientemente aprobada por la F.D.A. (Food and Drugs Administración) de USA, quien ha autorizado el uso de la droga como terapéutica modificadora y específica de la enfermedad, habiéndose observado mejoras clínicas en la enfermedad. Se trata de un tratamiento destinado al uso compasivo, exclusivamente para los pacientes con AME (Atrofia Muscular Espinal) tipo 1, 2 ó 3. Explica que en razón de ello la A.N.M.A.T. ha autorizado la utilización de éste fármaco en los pacientes que padecen esta enfermedad. Insiste en que es la única medicación actualmente aprobada en agencias de medicamentos que se utiliza específicamente para esta enfermedad con la que se puede hallar expectativas de mejoras. Analiza que dadas las características progresivas de la enfermedad, se ha indicado iniciar el tratamiento con la mayor brevedad posible para prevenir mayores deterioros en la salud de la niña, y el permanente peligro de vida. Para una mayor ilustración adjunta informe clínico firmado por el médico neurólogo tratante del Instituto FLENI, Dr. Gabriel Vázquez, dando cuenta de la evolución favorable de la menor luego de haber recibido 4 dosis de inducción del fármaco (Nusinersen). Agrega que gracias al tratamiento la niña ha podido andar por primera vez en bicicleta, y que en la casa se para todos los días, que mejoró mucho en brazos, tronco y en general en todo el cuerpo, y que antes de iniciar el tratamiento no tenía tantos movimientos funcionales. Dice que utiliza silla de ruedas desde el año y diez meses. Explica que Spinraza fue aprobado sin restricciones por las agencias gubernamentales de salud de los Estados Unidos (FDA), la Unión Europea, Canadá, Japón, Australia y Brasil. Aduce que la Atrofia Medular Espinal es una enfermedad genética y hereditaria. Afirmar que la medicación en cuestión ha dejado de considerarse de carácter experimental, al ser debidamente aprobada por la F.D.A. (Food and Drugs Administración) de USA y que si bien, al momento de realizarse la ficha técnica por la ANMAT el 05/12/16, aún constituía un tratamiento experimental, fue autorizado en los Estados Unidos de América el 23/12/16. Dice que para ser precisos tampoco debería ser denominado de uso compasivo el fármaco, sino en los términos de la Disposición 10401/16 ANMAT. Sostiene que la evolución de las tecnologías sanitarias genera nuevas alternativas terapéuticas para la salud de pacientes gravemente enfermos que no tienen otras opciones de tratamiento. Alega que el organismo con competencia en la materia convalida la existencia de evidencias científicas en la prescripción al autorizar la importación. Entiende que sostener que no tiene efectos curativos es una afirmación dogmática que contradice la evidencia científica de su prescripción, que resulta no sólo de la historia clínica resumida aportada, sino adicionalmente del prospecto del medicamento de la autorización de la FDA, validada por la autorización de la importación por ANMAT. Explica que resulta curioso que la demandada ni siquiera ha nombrado la Disposición N° 10401/16 en cuestión en su memorial, puesto que es la que ha autorizado su comercialización en el país, por lo que no se encuentra en fase experimental. Hace mención sobre que el apelante no se hace cargo de los argumentos expuestos por el sentenciante, en tanto que, no tiene cabida el argumento de que el medicamento excede lo contemplado en el PMO. Dice que el a quo aplicó al caso las Leyes 24901 y 24240, cuyas fundamentaciones no fueron controvertidas. Aclara que su parte ha cumplimentado las exigencias que surgen normativas vigentes y ha obtenido la pertinente

autorización de ANMAT para importar la medicación, por lo que resulta manifiesta la falta de razonabilidad de los argumentos de la demandada. Para finalizar planta reserva del caso federal. 4- Llegados los autos a conocimiento de esta Alzada, a fs. 310 se dio intervención al Sr. Defensor Oficial ante esta Cámara, quien contestó a fs. 311/312. Que, en esa línea el Defensor Oficial en calidad de Asesor de Menores ante este Tribunal afirmó -en lo esencial- que la Resolución cuestionada se ajusta a la orientación fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que el reclamo de los padres para la protección de su hija ha encontrado una tutela adecuada a su dolencia, conforme lo sugiere el neurólogo infantil. Manifiesta que la sentencia de grado dio prioridad ?al superior interés del niño? y abordó el derecho a la salud comprometido en cuanto valor y derecho humano fundamental, en un todo de acuerdo con los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos. Citó jurisprudencia de la CSJN. Solicitó que la decisión judicial se oriente a salvaguardar los derechos esenciales de la niña, quien padece de una patología que requiere tutela judicial efectiva, en un marco de protección del interés superior de la menor, acorde a la Convención de los Derechos del Niño. 5- Al folio 313 se llamó al Acuerdo para resolver las cuestiones sometidas a revisión por este Tribunal de Alzada, providencia que se halla firme y consentida. 6- Que, al iniciar el estudio y al verificar los requisitos de admisibilidad del planteo de fs. 244/250, en primer orden cabe considerar lo manifestado por el recurrente en cuanto a la supuesta arbitrariedad de la sentencia en crisis, pues se trata de una cuestión que debe atenderse preliminarmente porque de ser admitida la existencia de ese vicio, no habría sentencia propiamente dicha (CSJN, Fallos; 328: 911, entre otros). Ello así, observo respecto de la tacha de arbitrariedad efectuada por la apelante, que dicho agravio no puede prosperar. En efecto, y en contraposición a lo expuesto por la recurrente basta remitirse al pronunciamiento dictado para verificar que el a quo no ha dictado una sentencia desprovista de fundamentos, los que en lo esencial pueden observarse en los considerandos V a VIII del fallo (fs. 228/231), desarrollando los hechos y el derecho sometido a su jurisdicción en forma coherente, y atendiendo además a la prueba aportada a los autos. Que, los actores instan la acción en reclamo de la cobertura al tratamiento con la medicación denominada NUSINERSEN (SPINRAZA NR), a favor de su hija menor de edad (que en la actualidad tiene seis años, según la Partida de Nacimiento de fs. 6, y el Documento Nacional de Identidad agregado al folio 1). Se verifica que la niña es afiliada a OSDE (fs. 4), con Certificado de Discapacidad emitido por el Gobierno de la Provincia de Corrientes, vigente a la fecha (véase a fs. 5), en el que se especifica el diagnóstico como: ?Otras atrofas musculares espinales hereditarias parapleja espática?, Observo que el especialista que prescribe el tratamiento es un neurólogo infantil, del Departamento de Neuropediatría del Instituto FLENI (Buenos Aires), y en el resumen de Historia Clínica -agregado a fs. 10- indicó la medicación en cuestión dada la patología de atrofia muscular espinal tipo 2, afirmando que recientemente la FDA (Food and Administration) ha aprobado el uso de Nusinersen (Spinraza NR) como terapéutica modificatoria y específica de la enfermedad, y que a su vez ANMAT ha autorizado la utilización de este fármaco como medicación de uso compasivo, por lo que dada la enfermedad de base de la paciente, podría beneficiarse con el tratamiento con Nusinersen, dado que es la única medicación actualmente aprobada en agencias de medicamentos y es útil para el tratamiento de la enfermedad. Cabe aclarar que la atrofia muscular espinal es una enfermedad neuromuscular hereditaria, caracterizada por la afectación de las células del asta anterior de la médula espinal (neuronas motoras), que cursa con debilidad proximal simétrica y atrofia progresiva de los grupos musculares. Presenta una incidencia mundial descrita entre 1/6.000 y 1/10.000 nacimientos y una tasa de portadores entre 1/35 y 1/50... El Nusinersen (SPINRAZANR) constituye un tratamiento experimental, destinado al uso compasivo, exclusivamente a los pocos pacientes con AME tipo 1, 2 ó 3. (Datos obtenidos de la Ficha Técnica de ANMAT, de fecha 6/12/2016, [http://www.anmat.gov.ar/ets/Nusinersen\\_05-12-16.pdf](http://www.anmat.gov.ar/ets/Nusinersen_05-12-16.pdf)) Según el informe médico acompañado a fs. 22/24, puede observarse que la AME (atrofia muscular espinal) es una enfermedad genética, que hace que el impulso nervioso no se pueda transmitir correctamente a los músculos y que éstos se atrofién. AME, tipo II (como es el caso analizado en autos), comienza entre los 6 y los 18 meses. Fallecimiento en la adolescencia por compromiso postural y respiratorio frecuente y progresivo. Marcada atrofia muscular. Pueden mantener la posición de sentados, pero se tienen que sentar con ayuda; pudiendo en determinados momentos permanecer de pie con ortesis aunque todos están confinados a silla de ruedas. Deglutir y alimentarse no suele ser problema, pero pueden tener que alimentarse a través de un tubo. Ligero temblor con los dedos extendidos. Las complicaciones respiratorias y la escoliosis son los problemas más importantes que requieren adecuado seguimiento. La evolución y supervivencia dependen de la implementación de muchos factores, como la rehabilitación adecuada para evitar las contracturas, la cirugía de escoliosis y la ventilación mecánica no invasiva. Repárese que en autos no se halla discutido el diagnóstico de la niña. En razón de lo precedente, cabe adelantar que la cuestión debe analizarse resaltando que en el caso se encuentran discutidos los derechos a la salud, a la integridad psico-física y a la vida de la hija -de seis años- de los actores, y que el derecho a la salud es uno de los modos de protección de la vida, ya que es imprescindible para el ejercicio de la autonomía o libertad personal (arts. 14 bis, 19, 28, 31, 33, 42, 43 y 75, Constitución Nacional; arts. 11, 1) y 12, 1, 12.2.d), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se dispuso que debe considerarse los derechos de toda persona "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", ?La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios

médicos en caso de enfermedad? y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia..."; art. 6, 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1, 11, 16 y 18, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3 y 25, 1), Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 4, 1), 5, 1), 8, 1) y 25, 1), Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, atendiendo a que en el caso el análisis se halla circunscripto a una niña - reitero, de seis años- según el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta tiene derecho al "disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", lo cual no puede desoírse a la hora de entender en este pedido de prestación de salud concreta. Asimismo, en virtud de la acreditada discapacidad de la niña, obrante a fs. 5, y de los términos de la Ley 24.901, cabe recordar que se creó el "Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad", en el que -el art. 1º- se describen las prestaciones como "acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral de sus necesidades y requerimientos", -los arts. 2º y 4º- indicando que las obras sociales y los organismos del Estado, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas. Cabe agregar que la Ley 24754 determinó que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales. Nótese que la Ley 24.901, cubre un espectro amplio de prestaciones, puesto que está orientada a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, buscando su óptimo desarrollo físico-psíquico y social. Que, concretamente en el artículo 38 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad se establece que las personas que, en función de sus patologías, requiriesen medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se les reconocerá el costo total de aquellos. Resulta menester recordar que, tal como lo expresa el artículo 1º y el mensaje de elevación, la Ley 24.901 instituyó un sistema de protección integral para las personas con discapacidad tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con los derechos de los discapacitados, así como de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. El objetivo de la ley se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (v. doctrina de Fallos: 313:579). Es importante agregar que, la enfermedad de atrofia muscular espinal que aqueja a la menor, se encuentra además, amparada en los términos de la Ley 26689, dentro del grupo de personas con enfermedades poco frecuentes (EPF), que según los términos del art. 2 son aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil -1 en 2000- personas, referida a la situación epidemiológica nacional. Ello así, el caso de la patología de la niña se da en una incidencia mundial entre 1/6.000 y 1/10.000 nacimientos (según la ficha técnica de Anmat: [http://www.anmat.gov.ar/ets/Nusinersen\\_05-12-16.pdf](http://www.anmat.gov.ar/ets/Nusinersen_05-12-16.pdf)). Así, la norma de mención busca promover el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias (artículo 1). En el marco de esa asistencia integral dispone que la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud de la Nación según el art. 4) debe promover el acceso al cuidado de la salud de las personas con EPF, incluyendo las acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación, en el marco del efectivo acceso al derecho a salud de todas las personas. Y, en el art. 6 dispone que las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661 deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación. También en el art. 6, de esa ley -Nº 26689- determinó que quedan expresamente alcanzadas las entidades de medicina prepaga. El Decreto 794/2015 -reglamentario de la Ley de Enfermedades Poco Frecuentes- expresa que las personas afectadas con EPF recibirán como cobertura médica asistencial como mínimo lo incluido en el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución de la Autoridad de Aplicación y, en caso de discapacidad, el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad previsto en la Ley Nº 24.901 y sus modificatorias. Entiendo que, el caso no puede hallarse ajeno a las normas precedentemente mencionadas. El tratamiento pretendido (Nusinersen, SPINRAZA) ha sido prescripto a la hija de los actores, dada su patología, por un especialista del Instituto Fleni, que es un Centro de Salud de reconocido prestigio nacional en el tratamiento de enfermedades neurológicas (entre otros). Es necesario resaltar que, habiéndose obtenido cautelar favorable en la instancia de origen y luego de corroborar su efectivización, obra en la causa un nuevo resumen de Historia Clínica (a fs. 279) del mismo profesional (Dr. Gabriel Vázquez), dando cuenta que la hija de los actores recibió 4 dosis de inducción con Nusinersen, sin efectos adversos significativos, presentando cefaleas y vómitos asociados a la administración del medicamento. Añade que fue reevaluada 120 días posteriores a la primera dosis de inducción, observándose cambios significativos positivos en escala para miembros superiores en relación con la misma administrada previamente al inicio del tratamiento. Asimismo, afirma que se observaron también fuera de las escalas habituales mejoras en actividad de vida diaria y reducción de fatiga. Y se recomendó continuar tratamiento con Nusinersen. Puedo ver, abundante jurisprudencia del año 2017 y del corriente, en la que se decide sobre la misma pretensión que trae a conocimiento esta causa, esto

es, la cobertura de la medicación Nusinersen -SPINRAZA- para niños con atrofia muscular espinal. Así, la Cámara Federal de Paraná, en autos "Cabada Santiago Y Maria G. Acosta, en Representación de su Hijo contra Osfatun sobre Amparo Ley 16986", Expte. N° FPA 1460/2016/CA1, de fecha 03/10/2017, afirmó que "La droga de referencia puede mejorar la calidad de vida del niño, negarle esa posibilidad traería aparejado un franco desmedro de su salud, máxime al tratarse de una afección que presume riesgo de vida". Y la Cámara Civil Y Comercial Federal- Sala I Causa N° 6171/2017 -S.I.- "G V C/ Osde S/ Amparo De Salud, el 27/02/18, dispuso que: "Si bien en estos autos no obra dictamen del Cuerpo Médico Forense, en un expediente en el que se discutía sobre la misma temática que en esta causa, se ponderó muy especialmente el informe pericial realizado por los expertos del que surgió lo siguiente: "...el tratamiento intratecal con Nusinersen (SPINRAZA NR) ha dejado de ser "experimental" y es parte esencial del tratamiento de pacientes con atrofia muscular espinal tipo 1, 2 y 3 (la cursiva pertenece al Tribunal)...La indicación de nusinersen (SPINRAZA NR) al menor... quien padece atrofia muscular espinal tipo 2; es apropiada en razón del estado de salud del niño, la naturaleza y características de la enfermedad que padece, el nivel de conocimientos actuales de las ciencias médicas y la disponibilidad de recursos. La necesidad del tratamiento indicado se fundamenta, además de las condiciones antes descriptas, en que no existe alternativa al tratamiento prescripto. Atento al genio evolutivo y progresivo de la enfermedad, caracterizado por daño irreversible, se estima que la urgente instauración del tratamiento indicado resultará en mayores beneficios y menos perjuicios para el menor... (cfr. esta Sala, causa 424/2017, del 27/6/2017; ver también causa 35892/17 del 4.10.2017)". En similares sentidos, han resuelto también la Cámara Federal de Mar del Plata en autos: "I.F.,S. c/ OSDE s/ Amparo - Ley 16.986 s/Incidente de Medida Cautelar", Expediente FMP 3602/2017/1? (05/06/18); la Cámara Federal de La Plata, en el caso: FLP 55498/2018/1/CA1 "Dalla Vía, Leonardo Daniel C/ Swiss Medical Group s/ Amparo ley 16.986" (14/06/18). Asimismo, en los precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, Causa N° 4252/2017/1 CA1, el 29/11/17, se tuvo en cuenta que la Dra. María Soledad Monges -médica pediatra, especialista en neurología- indicó el fármaco Nusinersen -marca comercial Spinraza (NR) para el niño que padece atrofia muscular espinal. Y se agregó que: "La falta de autorización por parte de la ANMAT no determina, por sí sola, la improcedencia de la protección cautelar requerida cuando la decisión del profesional médico que atiende al menor se basó en el conocimiento que tiene de aquél y la evolución del cuadro. Y el fármaco objeto de la pretensión ha sido aprobado por la FDA y la AME. No es posible soslayar que, se trata en el caso, de uso compasivo del medicamento, que se define como aquél que se hace de una droga comprendida para un paciente identificado en donde la selección del profesional viene dada para situaciones en donde existe la falta de tratamiento específico en el país, la intolerancia a todo tratamiento apropiado existente, la incompatibilidad con drogas disponibles, entre otras circunstancias (ver considerandos de la Disposición de la ANMAT N° 10874/2017 del 18.10.2017; conf. esta Sala, causa nro. 4957/17 del 11.12.17)... no es posible soslayar que el infante se encuentra -en principio- bajo la especial protección que establecen las Leyes N° 24901 y N° 26689, que promueven un cuidado integral tanto para las personas con discapacidad como para aquellas que padecen una enfermedad poco frecuente, como parecería suceder en la especie?. Además, la Causa N° 6749/2017, del 27/04/18, se fundó en la prescripción de la doctora Lilia E. Mesa -médica pediatra, especialista en neurología, del fármaco Nusinersen -marca comercial: SPINRAZA (NR)-, por padecer de atrofia muscular espinal, tipo II, y se expresó similares precisiones. En dicha inteligencia, es preciso destacar que el art. 38 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad establece que las personas -sujetos de la especial protección legal- que, en función de sus patologías, requiriesen medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se les reconocerá el costo total de aquellos...?. En la misma línea, la Cámara Federal de Córdoba, Sala A, en la Causa "A.,M.A. y Otro C/ Asociacion Mutual Sancor Salud Y Otro - Prestaciones Farmacológicas" (Expte. N° 31663/2017/CA1, del 25/08/17), frente a indicación del Dr. Javier Linzoain -Neurólogo Infantil, médico del Hospital Infantil-Municipalidad de Córdoba como "... único tratamiento disponible en el mundo es el NUSINERSEN" para el menor S. A., que padece Atrofia Muscular Espinal Tipo III, expresó: "Respecto a los agravios manifestados por la Mutual apelante relativos a que el uso de esa especialidad medicinal no se encuentra aprobada por el ANMAT -circunstancia que no fue acreditada en la causa-, hay que tener en cuenta que está en juego el derecho a la vida, a la salud, siendo la accionante un paciente que necesita de un tratamiento específico, constante e ininterrumpido para poder llevar adelante una vida digna... Es oportuno agregar que según boletín de fecha 31.07.2017, por intermedio de la Superintendencia de Servicios de Salud se logró una reducción del 20% en el precio del medicamento Nusinersen para los pacientes con Atrofia Muscular Espinal?. Como se ha expresado en los precedentes jurisprudenciales ut supra señalados, a nivel nacional diversos especialistas en la rama médica (neurología) de la enfermedad que aqueja a la niña de autos, han indicado en exclusividad el tratamiento del Nusinersen, para los casos de Atrofia Muscular Espinal, en sus diversos tipos (I, II, III), y que como puede verse, la magistratura ha resuelto en forma uniforme en sentido favorable a los menores de edad. Así es que, atento a la situación de gravedad de la salud de la infante, que padece un diagnóstico con deterioro progresivo -tal como se describió más arriba-, considerando que -como se destacó- el medicamento requerido es la única alternativa

de tratamiento para la patología de la niña, y que además luego de habersele suministrado la droga -según se probó con el nuevo informe médico, obtenida la medicación por medida cautelar en autos- ha presentado una evolución favorable, debe estarse a los términos e indicaciones expresas del médico tratante (cfr. fs. 10 y 279), que es, en definitiva a quien le asiste un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para su paciente, y en consecuencia es el responsable final del tratamiento que requiere el estado de salud de la menor. Que, respecto a la crítica efectuada por OSDE acerca de que el medicamento requerido no se halla dentro del Programa Médico Obligatorio, cabe rechazar, en tanto se ha demostrado que aquel contiene coberturas mínimas y no máximas, y que en cada caso se deben extremar los servicios de salud para garantizar los derechos constitucionales vulnerados, más en el caso de la menor de autos que ha acreditado su condición de discapacitada gravemente enferma. En consecuencia es aplicable al caso lo concluido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, sobre que el PMO constituye un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud (causa n° 6319/11 del 21.3.12; 7293.11 del 29.05.12, entre muchos otros), sin que esto signifique, como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica de ese Tribunal (confr. la misma Sala, causas 9054/08 del 27.2.09; 9916/09 del 26.5.10 y 5570/10 del 3.3.11; Sala 1, causa 14/06 del 27.4.06; y Sala 3, causa 5411/07 del 9.10.08) que conformen su tope máximo. Puede verse que expresamente al contestar la demanda los representantes de OSDE afirmaron (véase a fs. 75, punto 7) que los actores han demostrado la existencia de un problema de salud de su hija y la necesidad de su tratamiento, con lo que reconocen tanto la patología como las indicaciones médicas que prescriben la medicación solicitada. Que, el Máximo Tribunal, en Fallos: 327:2127 ha dejado en claro no sólo el plano constitucional en que se situaba el asunto sino, también, la índole de obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud -inclusive en el orden internacional- sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga (cfse., además, Fallos: 321:1684 y 323:1339, entre otros antecedentes sobre el tema). Así, en el precedente de Fallos: 323:3229, se resaltó con nitidez que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública (cfse. cons. 31), y que la ley n° 22.431 obliga al Estado a garantizar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida en que -4- no pudieren afrontarlos las personas de quienes dependan o los entes de obra social a que estén afiliados (cons. 32). En un sentido similar, se pronunció en Fallos: 324:3569, considerando 15 y siguientes. Así, la Corte ha resaltado la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (cfse. Fallos: 324:3569), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (Fallos: 323:3229). En mérito a las pautas marcadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y atento a los intereses en juego en la causa, resulta necesario disponer que la parte codemandada Ministerio de Salud de la Nación, en su condición de garante primario del sistema de salud, verifique el efectivo acceso en tiempo y forma a las prestaciones sanitarias aquí declaradas a favor de la menor de autos. Respecto de los demás agravios, no se tratan en el entendimiento de que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones o argumentos, bastando que se hagan cargo de los conducentes para la decisión del litigio (Fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320; 294:261). Consecuentemente, corresponde rechazar el planteo interpuesto a fs. 244/250 por las razones expresadas precedentemente. Imponer las costas al vencido (art. 68 CPCCN) 7- Que, este Tribunal también tiene jurisdicción para tratar el recurso de apelación interpuesto a fs. 79/88 y vta. (concedido a fs. 92) contra la precautoria dictada, el cual fue contestado por la parte actora a fs. 135/149 vta., surge que, el juez a quo ha dictado sentencia sobre el fondo del asunto, (cuestión ya resuelta ut supra) por lo que, considerando que el proceso cautelar tiene como finalidad asegurar la eficacia práctica de la sentencia, siendo netamente instrumental y accesorio, provisional o interino, cabe sostener que habiendo recaído pronunciamiento de fondo favorable a la pretensión de la parte actora el objeto de la presente apelación ha devenido abstracto, resultando inoficioso expedirse sobre la cuestión planteada al carecer de interés actual, en tanto es este último el que legitima la actividad del tribunal, y así corresponde declararlo. Siguiendo el principio general aplicable en estos casos, las costas se imponen en el orden causado. 8- En relación a los honorarios profesionales, entiendo que corresponde apartarse de los márgenes establecidos en el artículo 14 de la Ley 21839 en razón de que aún tomando el máximo allí fijado -35% de lo regulado en la instancia anterior- se hallan cifras menores a las que corresponden al trabajo efectivamente cumplido en estos obrados. En consecuencia y de conformidad con la prerrogativa dispuesta por el art. 13 de la Ley 24432, se fijan los honorarios de los profesionales intervinientes teniendo presente el trabajo efectuado en cuanto a las argumentaciones, pruebas ofrecidas y resultado obtenido determinándose para el Dr. Sergio Osvaldo Albornoz en pesos cuatro mil quinientos (\$ 4500) por el trámite en esta Alzada, y para los Dres. Gustavo Kapeica y Benjamín Edgardo Kapeica, en la cantidad de pesos seis mil quinientos (\$6500) conjuntamente, por su actuación en esta instancia, más IVA si correspondiere. Por el trámite recursivo contra la medida cautelar se fijan los honorarios de los Dres. Sergio Osvaldo Albornoz y Zulema del C. Morilla de Erro, en forma conjunta, en la cantidad de pesos tres

mil quinientos (\$3500), y los de los Dres. Benjamín E. Kapeica y Gustavo A. Kapeica, conjuntamente, en la suma de pesos cuatro mil quinientos (\$4.500), más IVA si correspondiere. A LAS CUESTIONES PLANTEADAS, LOS DRES. JOSE LUIS AGUILAR Y SELVA ANGÉLICA SPESSOT DICEN: Que adhieren al voto de la Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau por compartir sus fundamentos. En mérito del Acuerdo que antecede, la Cámara Federal de Apelaciones dicta la siguiente Sentencia: 1) Rechazar el recurso de apelación obrante a fs. 244/250, con costas al vencido. 2) Declarar abstracto el tratamiento de la apelación interpuesta a fs. 79/88 y vta., con costas en el orden causado. 3) Disponer que el Ministerio de Salud de la Nación, en su condición de garante primario del sistema de salud, verifique el efectivo acceso en tiempo y forma a las prestaciones sanitarias aquí declaradas a favor de la menor de autos. 4) Regular los honorarios profesionales por el trámite del recurso contra la sentencia definitiva, para el Dr. Sergio Osvaldo Albornoz en pesos cuatro mil quinientos (\$ 4500), y para los Dres. Gustavo Kapeica y Benjamín Edgardo Kapeica, en la cantidad de pesos seis mil quinientos (\$6500) conjuntamente, más IVA si correspondiere. Fijar, por el trámite recursivo contra la medida cautelar los honorarios de los Dres. Sergio Osvaldo Albornoz y Zulema del C. Morilla de Erro, en forma conjunta, en la cantidad de pesos tres mil quinientos (\$3500), y los de los Dres. Benjamín E. Kapeica y Gustavo A. Kapeica, conjuntamente, en la suma de pesos cuatro mil quinientos (\$4.500), más IVA si correspondiere. 5) Comuníquese a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cf. Acordadas 15/13 y 42/15 de ese Tribunal), cúmplase con la carga en el sistema Lex 100. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Dra. SELVA ANGELICA SPESSOT

Juez de Cámara Cámara Federal de Apelaciones Corrientes Dr. JOSÉ LUIS AGUILAR Juez de Cámara Subrogante  
Corrientes Dra. MIRTA G. SOTELO de ANDREAU Juez de Cámara Cámara Federal de Apelaciones Corrientes  
Ante mí Dra. CYNTHIA ORTIZ GARCIA de TERRILE Secretaria de Cámara Cámara Federal de Apelaciones Corrientes  
035046E