

Bahía Blanca, 24 de octubre de 2019.

VISTO: Este expediente nro. FBB 5941/2019/CA1, caratulada: "D. L., A. M. c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986", venido desde el Juzgado Federal nro. 1 de la sede, puesto al acuerdo para resolver el recurso interpuesto a fs. 63/77vta. contra la resolución de fs. 59/62vta.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo Esteban Larriera, dijo:

1ro.) El Juez a quo hizo lugar al amparo y ordenó a OSDE la cobertura efectiva e integral del tratamiento prescripto para la enfermedad que padece consistente en BUODESONIDE 3 mg por día (nombre comercial Entocort), asociado a MICOFENOLATO MEFETIL 2gr. por día (nombre comercial Cellcept) y RANITIDINA 300mg. por día. Impuso las costas a la demandada por resultar sustancialmente vencida (fs. 59/62vta.).

2do.) Contra dicha decisión apeló el representante de OSDE.

Sus agravios son: que no se especifica que normativa dispone que OSDE deba cubrir los medicamentos en cuestión en un 100%, pues la normativa existente establece la cobertura del 40 % y excepcionalmente se le confiere el 70%; que el Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad que dicta las normas que fijan la cobertura que deben brindar las Obras Sociales a sus beneficiarios; que en cuanto a cobertura de medicamentos, el PMO fue modificado por Res. 310/04, que aprueba el Formulario Terapéutico del PMO, donde señala cuales son los medicamentos que deben cubrirse con el 40 %, mientras que los que gozan de cobertura del 100% se encuentran detallados en los puntos 7.2 a 7.5. Esta cobertura del 100% se encuentra prevista para los pacientes trasplantados y con certificado de discapacidad. Por último se agravió de la imposición de costas.

3ro.) A fs.89/91 asumió la intervención conferida al Fiscal de la Procuración General de la Nación y dictaminó por el rechazo del recurso interpuesto.

4to.) Por tratarse de un amparo en materia de salud, y encontrarse en efecto comprometido el derecho a la vida, el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, respecto del cual los restantes revisten siempre condición instrumental, corresponde buscar una solución que, fundada en derecho, satisfaga de la mejor manera posible la pretensión que reclama

la actora.

El derecho a la salud, se encuentra como derecho subjetivo, ligado a la dignidad e integridad de la persona humana, reconocido por los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, CN), entre ellos, los arts. 12.2 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4° y 5° CDH -Pacto de San José de Costa Rica-, y 6° inc. 1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciado al entender que el derecho a la salud está 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 y 323:1339).

5to.) La amparista de 46 años de edad, padece Hepatitis Autoinmune desde 2011, por lo cual su médica especialista en gastroenterología y hepatología, Dra. Carolina Pinchuck le prescribió un tratamiento con Budesonide 3 mg./día (Entocort) asociado a Micofenolato Mofetil 2gr./día (Cellcept) (f. 9).

La Obra Social demandada, rechazó la cobertura integral de la medicación prescrita por la profesional que asiste a la Sra. D.L., y reconoce la cobertura en un 40 %, por lo que el tema motivo de apelación, se circunscribe a determinar si le corresponde a la prepaga la cobertura total de la medicación requerida por la amparista.

6to.) En primer lugar se señala que la patología de la amparista se encuentra incluida entre las denominadas Enfermedades Poco Frecuentes (EPOF), cuya característica principal es la baja prevalencia, definida como enfermedad poco frecuente o rara, aquella que se produce con escasa frecuencia en la población en general.

En Argentina, al igual que otros países, consideran EPF a 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.

Sentado ello, se señala que la afección que padece la sra. D. L., -hepatitis autoinmune- se encuentra en el listado de afecciones de la Federación Argentina de E.P.F., que si bien no es el que debe realizar la

autoridad de aplicación (Ministerio de Salud, arts. 3 y 4, ley 26.689), es el único con que se cuenta.

Por tanto, la patología que padece la sra. D. L. encuentra resguardo normativo en la ley 26.689, que en su art. 1 dispone: “El objeto de la presente ley es 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”, y el art. 6 del Anexo I, del Decreto reglamentario 794/2015, establece:

“Quedan expresamente alcanzados por la Ley N° 26.689: c) Las Empresas de Medicina Prepaga definidas en el artículo 2° de la Ley N° 26.682 y su modificatoria.”.

Asimismo, el reglamento dispone en el art.6 in fine 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 N° 24.901 y sus modificatorias”.

En este marco y teniendo en cuenta que, los jueces no pueden permanecer ajenos a las consecuencias prácticas que podrían traer aparejadas sus pronunciamientos, tal como se ha pronunciado la CSJN en Fallos: 315:992: “Los jueces, en la tarea de acordar a las normas, deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico”.

Sentado ello, teniendo en cuenta la patología que aqueja a la amparista para lo cual la profesional que la asiste le prescribió un tratamiento farmacológico compuesto por BUODESONIDE 3 mg./por día (nombre comercial Entocor) asociado a MICOFENOLATO MEFETIL 2 gr./por día (nombre comercial Cellcept) y RANITIDINA 300 mg./por día – que debe realizarse de por vida, pues de no tratarse acarrearía consecuencias nocivas en la salud, el costo de la medicación (fs. 2/5) y el magro ingreso (f. 7) para hacer frente a los mismos, sumado a que la empresa de medicina prepaga no A.ditó el alegado impacto que tendría en su situación económica la cobertura total de la medicación objeto de autos, encuentro ajustado que la empresa de medicina prepaga cubra en forma total el costo de la medicación solicitada.Ello en el marco del derecho la salud comprendido dentro del derecho a la vida, garantizado por la CN y tratados internacionales con rango constitucional.

Es decir que frente a este cuadro de situación, por encontrarse comprobado que la prestación solicitada por la amparista constituiría el único medio disponible para brindarle una oportunidad para sobrellevar

el padecimiento que la afecta, en mi opinión, impone la confirmación de la resolución en crisis en tanto contribuiría a evitar un mayor agravamiento de las condiciones psicofísicas de su vida.

A todo evento, debe tenerse en cuenta que el PMO (Resolución 201/2002) -como ya ha señalado esta Sala en casos anteriores- constituye un piso mínimo prestacional que autoriza su ampliación en el caso concreto en la medida que estén comprometidos la salud y la vida de las personas. Tanto así, que el contenido que comprende al mencionado programa se ha ido ampliando y ensanchando de manera significativa a partir del dictado de leyes que incorporaron o incluyeron legalmente determinada prestación, no prevista reglamentariamente en el consignado programa.

En lo que aquí interesa, la normativa es categórica en su art. 1 cuando refiere al cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes, por lo que el límite que pretende poner la demandada, importa en el caso un menoscabo a la salud de la amparista en atención a la situación que se valora y en cumplimiento de las normas internacionales precitadas.

En el mismo sentido, del análisis de la ley 26.689 se dependen diversas directivas apuntadas al cuidado de la salud de las personas con EPF, destacando las acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación (art. 3 inc. a) “en el marco de efectivo acceso al derecho a la salud para todas las personas”.

Con base en las consideraciones señaladas, y toda vez que las personas tienen derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental (art.12.1 del PIDESC) la arbitrariedad surge y puede afirmarse en la conducta desplegada por la demandada.

Por los fundamentos aquí expuestos considero que debe rechazarse el recurso en examen y confirmar la resolución en crisis.

7mo.) Por último, en cuanto a la imposición de costas de la anterior instancia corresponde apartarse del principio objetivo de la derrota atento la novedad y complejidad de la cuestión controvertida e imponerlas por su orden atento a que pudo haber inducido a la demandada a creer en la legitimidad de su derecho (arts. 68, 2do párr. del CPCCN y 14 ley 16.986).

Por lo expuesto, propicio y voto: 1ro.) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 63/77vta. y

confirmar la sentencia de fs. 59/62vta. Las costas de la alzada por su orden (art. 68, 2do párrafo del CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios para cuando se fijen los de la instancia de grado (art. 30 Ley 27.423).

El señor Juez de Cámara, doctor Leandro Sergio Picado, dijo:

1ro.) Disiento respetuosamente con el voto de mi colega preopinante, toda vez que considero que de la normativa aplicable no surge la obligación de la Obra Social demandada de cubrir en forma integral el costo de provisión de todos los medicamentos solicitados.

2do.) La actora, de 46 años, padece hepatitis autoinmune desde el 2011, patología a la que pretende encuadrar dentro de la categoría de “enfermedades poco frecuentes” a fin de valerse de las previsiones contenidas en la ley 26.689 (fs.9 y 22).

3ro.) Como primer punto, cabe señalar que la mencionada ley determina que, a sus efectos, “se consideran EPF a 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” y que su decreto reglamentario N° 794/2015 encomendó al Consejo Consultivo Honorario -órgano creado en el ámbito del Ministerio de Salud y conformado por referentes en el abordaje y tratamiento de las Enfermedades Poco Frecuentes- elaborar un listado de EPF a partir de información epidemiológica producida por los centros de referencia, listado que aún no se ha confeccionado.

Pese a no poseer información emanada de los organismos oficiales creados a tal efecto, este obstáculo puede ser sorteado accediendo al listado realizado por la Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes (FADEPOF) -organización sin fines de lucro cuyo objetivo es promover acciones de investigación, concientización, difusión y defensa de los derechos de las personas afectadas, con el fin de mejorar su calidad de vida-, dentro del cual efectivamente se encuentra consignada la enfermedad que padece la actora (http://fadepof.org.ar/listado_epof/h).

4to.) Ahora bien, habiendo catalogado -en los términos expuestos precedentemente- a la hepatitis autoinmune como enfermedad poco frecuente en los términos de la ley 26.689, resta determinar cuáles son los fines dispuestos en la normativa y si de sus previsiones se extrae la forma en la que debe cumplir con sus obligaciones la obra social a la que se encuentra afiliada la actora.

La ley, sancionada en junio de 2011, tiene como objeto, tal como señala el voto precedente, “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” (art. 1, ley 26.689, el resaltado me pertenece).

En ese sentido, el art.3 de dicha norma establece diferentes objetivos que la autoridad de aplicación -Ministerio de Salud- debe promover en el marco de la asistencia integral establecida para las personas con EPF, entre los que se destacan “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 la salud para todas las personas”, así como la promoción y facilitación de la información, accesibilidad, integración, y creación de programas que ayuden a lograr los fines que la ley propone.

Estos lineamientos establecidos por el poder legislativo se encuentran claramente dirigidos al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación de la política sanitaria, quien es finalmente el encargado de llevar adelante esta propuesta.

Esto se evidencia también en lo dispuesto por el art. 5 de la ley bajo análisis, el que reza que “lo establecido en la presente ley debe integrar los programas que al efecto elabore la autoridad de aplicación y los gastos que demande su cumplimiento serán atendidos con las partidas que al efecto destine en forma anual el Presupuesto General de la Administración Pública para el Ministerio de Salud de la Nación”, y en lo expresado en los considerandos del Decreto 794/2015, en donde se especifica que la ley “fija los objetivos que debe impulsar la Autoridad de Aplicación, en el marco de la asistencia integral establecida para las personas que presentan una EPF” y que la reglamentación es dictada para permitir la inmediata aplicación de ciertas previsiones contenidas en la Ley N° 26.689 -no de todas-.

Y finalmente, el art.6, que refiere a la cobertura que deben brindar los agentes de salud obligados, remite como piso mínimo prestacional a lo que determine la autoridad de aplicación, reafirmando la necesidad de implementación por parte del órgano ejecutivo de los objetivos de integralidad fijados en la norma.

Esto fue desarrollado con mayor profundidad por el decreto reglamentario, el que establece 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 N° 24.901 y sus modificatorias” (el destacado es propio), ciñéndose a lo previsto para todos los beneficiarios del servicio de salud, salvo que por resolución ministerial se otorgue una cobertura superadora.

5to.) En relación a la forma en la que deben interpretarse las normas emanadas del poder legislativo, cabe destacar que es doctrina de nuestra Corte Suprema que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen (Fallos: 306:721; 307:518; 319:2249 ; 326:704), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos (Fallos: 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550).

Desde esta comprensión, el superior tribunal viene destacando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (Fallos: 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos:307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286).

En ese sentido, cabe recordar que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma (Fallos: 308:1848; 317:1505), siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes (Fallos: 308:2268; 311:2553; 316:2732). De ahí, que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los magistrados el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia (Fallos: 249:425; 306:1472; 314:1849; 318:785 ; 329:1586 ; 333: 866).

6to.) A la luz de lo expuesto, cabe concluir que de la normativa analizada no se deriva la obligación de que la obra social otorgue cobertura al 100% de los medicamentos solicitados por la actora, sino que ésta debe ajustarse a lo previsto por la Resolución N° 310/2004 del Ministerio de Salud, modificatoria del PMOe, conforme lo dispuesto en el art. 6 de la ley 26.689 y su decreto reglamentario.

Allí se establece la cobertura de los medicamentos de uso ambulatorio y habitual -detallados en los Anexos- con un 40% a cargo de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, y con un 70% para los medicamentos destinados a patologías crónicas prevalentes, que requieren de su empleo de modo permanente o recurrente (art. 2 que modifica el apartado 7 del Anexo I de la Resolución N° 201/02MS).

7mo.) A la actora le fueron prescritos por su médica tratante -Dra. Carolina Pinchuk, médica gastroenteróloga- los fármacos Budesonide, 3 mg. por día, nombre comercial Entocort, Micofenolato Mofetil 2 gr. por día, nombre comercial Cellcept y Ranitidina 300 mg. por día, para tratar su patología y sus síntomas de reflujo gastroesofágico (fs.5 y 9).

De los dichos de las partes se desprende que la demandada otorga cobertura del 40% a todos, excepto al Budesonide, el que cubre al 70% (fs. 12vta., 14, 20, 53 y 65).

El primero, Budesonide, tiene un costo de \$5.990 y en su presentación comercial contiene 100 comprimidos. Al consumir una cápsula por día este envase posee una duración de 100 días, por lo que por mes le genera a la actora un gasto de \$1.797, de los cuales OSDE se hace cargo de un 70%, debiendo abonar ella la suma mensual de \$539,10 (f. 3).

El segundo, Micofenolato Mofetil, viene en una presentación de 50 comprimidos de 500 mg. cada uno y su precio es de \$4.482. La actora, al tener que consumir 2 gr. diariamente debe tomar cuatro comprimidos por día según esta presentación, lo que implica un gasto de \$10.756,80 mensual (120 comprimidos por mes) del que tiene que afrontar el 60% -ya que OSDE le cubre el 40%- lo que asciende a la suma de \$6.454,08 por mes (f. 4).

Por último, en cuanto a la Ranitidina, no surge de la documental acompañada detalles respecto de su presentación comercial, específicamente de cuantos comprimidos es la misma, pero sí se desprende su precio, el que asciende a \$70, monto del que la demandada cubre el 40% (f. 2).

8vo.) La obra social demandada argumenta, al agravarse de lo resuelto por la jueza de grado -quien otorgó la cobertura integral de la medicación solicitada- que la cobertura que viene otorgando resulta la adecuada conforme el PMO, 40% para todos los medicamentos, aclarando que por vía de excepción se confirió el 70% de cobertura para la droga Budesonide.

Parcialmente dicha afirmación es correcta. En la Resolución N° 310/2004MS,

dentro del Anexo III Formulario Terapéutico del PMOe, la Budesonida se encuentra prevista con un 70%

de cobertura, y la Ranitidina con un 40%.

Sin embargo, de la lectura del art.2 de la resolución, en la parte donde modifica el punto 7.5. del Anexo I de la Resolución N° 201/02MS, surge que los medicamentos incluidos en las Resoluciones N° 475/02APE, 500/04APE, 5600/03APE y 2048/03APE -y sus modificatorias- tendrán cobertura del 100% para los beneficiarios y apoyo financiero del Fondo Solidario de Redistribución a cargo de la Administración de Programas Especiales (A PE), en los términos del decreto P.E.N. 53/98.

El Micofenolato se encuentra previsto en la Resolución 1200/2012SSS

-dictada luego de que se absorba a la Administración de Programas Especiales dentro de la estructura organizativa de la Superintendencia De Servicios De Salud- y al buscar este fármaco dentro del Anexo III de la Resolución N° 310/2004MS aparecen consignadas las siglas "APE" en el lugar donde iría el porcentaje de su cobertura, por lo que se desprende que este medicamento se encuentra incluido entre aquellos que merecen cobertura íntegra por parte de la obra social a la que el paciente se encuentra afiliado.

En conclusión, la obligación legal de cobertura que recae sobre la obra social en base a los medicamentos aquí requeridos sólo es al 100% para el Micofenolato Mefetil, el que, en base al Anexo III de la Resolución N° 310/2004MS y a su art. 2 corresponde sea cubierto en su totalidad por la demandada, y, en cuanto a los otros dos medicamentos, la normativa se limita a establecer que corresponde otorgar el 70% de cobertura al medicamento Budesonida y el 40% a la Ranitidina, porcentajes que ya venían siendo cubiertos por OSDE.

Esta cobertura deberá ser brindada siempre que continúe siendo requerida por los médicos tratantes de la paciente, atendiendo a las posibles variaciones en sus necesidades sanitarias.

9no.) Por último, atento el modo en que se resuelve las costas se deben imponer en el orden causado.

En virtud de lo expuesto, propicio y voto: Se haga lugar parcialmente al recurso de apelación de fs. 63/77vta.y, en consecuencia, se modifique la sentencia de grado, ordenando a la demandada a que continúe otorgando la cobertura del 70% al medicamento Budesonida y al 40% a la Ranitidina, y aumentando al 100% la cobertura del fármaco Micofenolato Mefetil; costas por su orden atento la

forma en que se resuelve.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

Atento el tipo de enfermedad que aqueja a la amparista y las especiales circunstancias de la causa, considero que este caso concreto amerita la cobertura integral de la medicación solicitada, por lo que adhiero en lo sustancial al voto del Dr. Pablo Esteban Larriera. Así voto.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, SE RESUELVE: 1ro.) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 63/77vta. y confirmar la sentencia de fs. 59/62vta. Las costas de la alzada por su orden (art. 68, 2do párrafo del CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios para cuando se fijen los de la instancia de grado (art. 30 Ley 27.423).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. El señor Juez de Cámara, doctor Leandro Sergio Picado, participó de la deliberación, se transcribe su voto y no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

CANDISANO MERA PABLO A.

Juez de Cámara

NICOLÁS ALFREDO YULITA

SECRETARI

PABLO ESTEBAN LARRIERA

JUEZ DE CÁMARA