

ACUERDO N° 20. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintisiete (27) días del mes de mayo de dos mil veintiuno, en Acuerdo, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia integrada por los señores Vocales doctores EVALDO DARÍO MOYA y ROBERTO GERMÁN BUSAMIA, con la intervención del señor Secretario Civil doctor JOAQUÍN ANTONIO COSENTINO, procede a dictar sentencia en los autos caratulados “B., E. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN s/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expediente JNQLA5 N° 100.512

- Año 2020), del registro de la Secretaría Civil.

ANTECEDENTES:

A fs. 178/213vta. la parte demandada, por apoderado, interpone recurso por Inaplicabilidad de Ley contra lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería –Sala III- de esta ciudad, obrante a fs. 167/177, que hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora contra la resolución obrante a fs. 120/126vta. y, en consecuencia, revoca la declaración de inadmisibilidad del amparo.

También dispone hacer lugar a la medida cautelar solicitada, consistente en que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén cubra en un 100% el tratamiento con burosumab, con los controles médicos que allí indica y previa caución, e impone las costas por su orden.

Conferido el traslado, la parte actora lo contesta a fs. 215/220vta., solicitando el rechazo del recurso, con costas.

A fs. 241/243vta., mediante Resolución Interlocutoria N° 35/21, se declara admisible el recurso deducido.

A fs. 245/249 dictamina el señor Fiscal General propiciando la improcedencia del remedio incoado.

A fs. 251/252vta. dictamina el señor Defensor General Subrogante, propiciando la improcedencia del recurso deducido.

Firme la providencia de autos, integrada la Sala Civil y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley? b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el Dr. ROBERTO G. BUSAMIA, dijo:

I. Que a los fines de lograr una mejor comprensión de la materia traída a estudio de este Tribunal Superior de Justicia, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución del recurso.

1. A fs. 21/28vta. se presentan, por apoderado, la Sra. T. R. y el Sr. H. G. B., en representación de la niña E.B., promoviendo acción de amparo –artículo 43 de la Constitución Nacional y Ley N° 1981- contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, con el objeto de que se ordene a dicha obra social a suministrarle sin costo alguno el 100% de la medicación y prestaciones médicas necesarias que constituyan el tratamiento con la droga burosumab, que le fuera prescrita a la niña por su médica tratante.

Relatan que E.B. fue diagnosticada en el año 2013 con Raquitismo Hipofosfatémico, luego de realizar diversas consultas médicas por presentar deformidades óseas en miembros inferiores desde los 10 meses de edad. Que desde ese entonces comenzó con tratamientos –de carácter paliativo- a base de sales de fósforo y calcitrol, en dosis crecientes.

Mencionan que ello mejoró parcialmente su talla y disminuyó sus deformidades óseas.

Continúan exponiendo que el tratamiento que E.B. sigue actualmente le ha ocasionado otro tipo de problemas de salud, presentando una nefrocalcinosis progresiva secundaria, lo cual –según dicen- no se relacionaría con la enfermedad sino con las dosis de sales de fósforo y calcitriol que toma como tratamiento para su Raquitismo.

Relatan que si bien con dicho tratamiento la niña ha mostrado cierta mejoría en su estado de su salud, el mismo no sería el más eficiente en la actualidad, toda vez que –según exponen- se trata de un tratamiento paliativo que no actúa sobre la base del problema, sino que simplemente alivia sus síntomas o consecuencias.

Sostienen que resulta imprescindible modificar en forma urgente el tratamiento, dadas las consecuencias negativas que el tratamiento actual le estaría ocasionando a E.B. en su salud.

En tal sentido, mencionan que la Dra. Ramírez –médica tratante de E.B.- le habría indicado a la niña un tratamiento alternativo al que venía realizando, con el fin de mejorar su salud actual.

Detallan que la citada profesional habría ordenado un cambio en el tratamiento, remplazándolo por uno a base del fármaco burosumab.

Exponen que dicho fármaco le permitiría a los riñones reabsorber el fosfato y restablecer los niveles normales de fosfato en la sangre.

Mencionan que el enfoque de dicho tratamiento sería completamente distinto al tratamiento actual, toda vez que el que se recomienda “... no apunta a compensar la pérdida de fosfato con más fosfato (como el que E. recibe actualmente), sino directamente actúa sobre la causa del problema, inhibiéndola para neutralizar la acción de la proteína FGF23, causante de las complicaciones de salud que sufre E....” (fs. 23).

Señalan que en fecha 5 de noviembre de 2019, iniciaron el trámite de solicitud de cobertura para el nuevo tratamiento indicado por la Dra. Ramírez, y que habrían obtenido la negativa de la demandada.

Mencionan que solicitaron la reconsideración, sin respuesta –dicen- de la contraria.

Aclaran que la medicación requerida no se encontraría taxativamente incluida en el denominado Plan Médico Obligatorio. Sin perjuicio de ello –dicen- de una interpretación armónica de las normas imperantes en materia de salud en nuestro país, surgiría claramente la obligación de cobertura del 100% del mismo.

Exponen que la Ley N° 26689 conocida como Ley de Enfermedades Poco Frecuentes, reconocería estas patologías como merecedoras de especial tutela y protección.

También dicen adjuntar el certificado de E.B., agregando que en su calidad de persona con discapacidad se encuentra amparada por las previsiones de la Ley N° 24901 y la autorización de importación extendida por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante, ANMAT).

Solicitan cautelarmente que se ordene a la demandada a otorgar a E.B., sin cargo alguno para ésta, la cobertura del 100% y suministrar el tratamiento con la droga burosumab, indicada por su médica tratante.

Sostienen que en el caso se encontrarían dados los supuestos contenidos en el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

Fundan la cautela requerida en los artículos 2 y 38 de la Ley N° 24901 y en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme lo prescripto por artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

2. A fs. 34 toma intervención la Defensora Adjunta de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

3. A fs. 37 toma debida intervención el Sr. Fiscal de Estado.

4. A fs. 40/58vta. la accionada presenta informe, contesta demanda y el pedido cautelar.

Sostiene inicialmente que no desconoce la patología que padece la amparista, y que la obra social le ha otorgado la totalidad de las prestaciones requeridas para su tratamiento en el marco del Plan institucional correspondiente a la misma, en un porcentaje del 100%.

Expone que la medicación requerida por la actora se encuentra en etapa experimental y que es muy pobre la evidencia científica que sustenta la efectividad de lo solicitado (burosumab).

Detalla que aún no ha merecido aprobación por parte del ANMAT y que si bien ha sido aprobada su comercialización tanto en Estados Unidos como en Europa, es en forma condicional y por un tiempo determinado, hasta tanto la empresa productora del medicamento presente estudios científicos que ratifiquen, a largo plazo, esos resultados preliminares y se evalúen efectos secundarios potencialmente serios.

Relata que el uso compasivo autorizado por la ANMAT, no implica la validación de la medicación, y que la razón por la que se opone a la acción es porque el burosumab no tiene aval legal en la Argentina.

Prosigue exponiendo que en virtud de que la autoridad de aplicación no ha juzgado aún suficiente la evidencia para su aprobación, y toda vez que la medicación pretendida no se encuentra incluida en el Programa Médico Obligatorio, no existe –a su entender- la obligación legal de proveerlo y, en consecuencia, dice, no ha incurrido en arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Hace referencia al informe ampliatorio del Comité Técnico del Instituto de Seguridad Social de Neuquén, que acompaña como prueba documental, que avala – dice- la postura de la demanda en cuanto a la falta de evidencia científica del medicamento requerido y, por ende, la recomendación dada en cuanto que dicha obra social no incorpore dentro de su menú prestacional al medicamento burosumab, poniendo a disposición de los afiliados portadores de la enfermedad todas las otras herramientas terapéuticas que han demostrado, hasta el momento, mejorar la evolución de la enfermedad con adecuado nivel de efectividad y seguridad.

También indica lo informado por Subdirección de Gestión Profesional, en el sentido que la actora no acreditó que la medicación requerida esté autorizada por la ANMAT ni la correspondiente inscripción de la misma en el Registro Nacional de Especialidades Medicinales, como así tampoco –dice- cumplir con los requisitos establecidos por la Ley N° 2207 de regulación y control de la investigación biomédica en seres humanos.

Sobre el punto, menciona que para que dicha entidad nacional otorgue tal inscripción, el laboratorio que gestiona la droga debe cumplir con diversos requisitos, entre los que destaca un Plan de Gestión de Riesgo, el cual – indica- debe estar aprobado por el Departamento de Farmacovigilancia del Instituto Nacional de Medicamentos y que a fin de obtener la autorización respectiva, en el proyecto propuesto se deben detallar los ensayos clínicos de eficacia y seguridad, como así también los efectos benéficos de la mencionada droga y sus advertencias.

Destaca que conforme al informe de la Auditoría Médica de Discapacidad que se acompaña al presente, la afiliada se encuentra enrolada en el Plan “D” desde el 19/08/20 con certificado emitido por la Junta Evaluadora de Discapacidad de Neuquén, con vigencia desde el 13/08/20 al 13/08/25, y que hasta el momento sólo ha solicitado la cobertura de medicamento de alto costo que fuera respondida por el Comité Científico del Instituto de Seguridad Social de

Neuquén.

Finalmente, solicita el rechazo de la medida cautelar por considerar que su objeto se confunde con el objeto del amparo, efectuando un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo.

Afirma que no se encuentran reunidos los requisitos del proceso, a saber, verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Dice que la verosimilitud del derecho invocada es inexistente, en tanto, si bien se encuentra reconocida la patología de la actora, como beneficiaria de la obra social es asistida al 100% de cobertura con el tratamiento convencional y no se acredita que la accionada se encuentre obligada a cubrir una medicación experimental que no se encuentra nombrada por ese organismo, al no estar autorizada por ANMAT ni incluida en el Programa Médico Obligatorio.

Agrega que tampoco se encuentra presente el riesgo en la demora, dado que no se acredita el riesgo de vida como tampoco se acredita –dice- que no existen otros tratamientos alternativos para la patología de la niña.

También entiende que no se funda acabadamente cual es el perjuicio irreparable o de difícil reparación ulterior.

Ofrece prueba y hace reserva del caso federal.

5. Corrido el pertinente traslado, comparece la actora a fs. 60/64vta., remitiéndose a lo manifestado en la demanda, desconociendo la documental que detalla a fs. 64 y oponiéndose a la prueba informativa.

6. A fs. 120/126vta. el Juez de grado dicta resolución. Analiza los informes periciales de la Dra. María Gabriela Bastida -fs. 114/117- y del Dr. Maximiliano Alda -fs. 118/119vta.-, ofrecidos por actora y demandada, respectivamente, de donde extrae la información que considera relevante para decidir la cuestión y sobre la que determina lo siguiente: a) Que E.B. padece de un síndrome llamado Raquitismo Hipofosfatémico. Que se trata de una enfermedad poco frecuente, que produce una pérdida constante de fósforo por el riñón, con imposibilidad de reabsorberlo adecuadamente. Que las alteraciones que describe aparecen a una edad temprana y que a través de un tratamiento precoz se busca intentar corregir o mitigar estas consecuencias adversas, aportando fósforo; b) Que la enfermedad está siendo tratada por el ISSN con un tratamiento clásico asumido al 100%, que tiene como consecuencia la posibilidad de derivar en nefrocalcinosis (depósito de sales de calcio en el parénquima renal), complicación que padece E. desde hace ya dos años; c) Que desde el año 2018 viene utilizándose en otras partes del mundo una droga denominada burosumab (Europa, Estados Unidos, Reunido Unido y Brasil); d) Que tal droga no se encuentra aún aprobada en nuestro país por la ANMAT la que otorgó autorización para el uso compasivo de E. B. (ver fs. 16/20); e) Que la evidencia de resultados en relación al burosumab es escasa, conforme lo afirma el Dr. Alda, no es masiva su aplicación por tratarse de una enfermedad rara. Asimismo, la Dra. Bastida detalla que el tiempo máximo de utilización reportada de esta medicación es de 64 semanas en niños; f) Que E.B. actualmente recibe dosis mínimas de sales de fosforo y calcitriol, es decir, que ya realizaron el primer paso para proteger al riñón que es mantener bajas dosis de estos. Plantearse suspender el tratamiento convencional para mejorar la nefrocalcinosis, podría producir que E. presente un cuadro de hipofosfatemia (que puede producir debilidad muscular, fatiga) y a la vez que se incrementen más aún los valores de PTH, la combinación de ambas alteraciones en un tiempo prolongado puede tener impacto óseo, en el crecimiento y en la calidad de vida (del informe de la Dra. Bastida); g) Que la aprobación del uso compasivo por parte de la ANMAT no implica su aprobación inminente pero es un primer paso

para su uso generalizado y su futura aprobación (del informe del Dr. Alda). Con base en todo lo señalado entiende el Magistrado que no se encuentran reunidos los elementos de procedencia de la cautelar pedida, en especial la “verosimilitud del derecho”, sin perjuicio de que el “peligro en la demora” – dice- también ha quedado relativizado.

Señala el Magistrado que la niña “... actualmente recibe dosis mínimas de sales de fosforo y calcitriol, es decir, que ya realizaron el primer paso para proteger al riñón que es mantener bajas dosis de estos. Plantearse suspender el tratamiento convencional para mejorar la nefrocalcinosis, podría producir que E. presente un cuadro de hipofosfatemia (que puede producir debilidad muscular, fatiga) y a la vez que se incrementen más aún los valores de PTH, la combinación de ambas alteraciones en un tiempo prolongado puede tener impacto óseo, en el crecimiento y en la calidad de vida. Esto lo informa la Dra. Bastida ...” (fs. 121vta./122).

En cuanto a la verosimilitud del derecho, sostiene que “... la circunstancia de que la ANMAT haya autorizado el uso compasivo de esta medicación, sella la suerte de este tópico, al dejar en evidencia, y así está reconocido por todas las partes y expertos, que el “Burosumab” no cuenta con aprobación legal para su comercialización en el país y por ello no integra el PMO, y a la luz de la doctrina sentada por la CSJN in re: “Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro”, no existe fundamento legal constitucional o infraconstitucional que obligue a una Obra Social a costear una medicación que no cuenta con aprobación de la autoridad de aplicación resultando que el uso compasivo no implica esa autorización según ya hemos visto ...” (fs. 122/vta.). Y agrega que en el caso de las enfermedades poco frecuentes (EPF) la Ley N° 26689, en su artículo 6, obliga a las obras sociales a brindar cobertura asistencial, en los términos de las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

Destaca el Magistrado que el medicamento que se reclama ha sido objeto de autorización por la ANMAT para su uso compasivo, lo que supone –dice- el reconocimiento de que éste no está autorizado para su circulación en el país y no es de administración libre por los profesionales de la salud, y con ello también el reconocimiento de que no integra el Programa Médico Obligatorio y, por esto, no se encuentra dentro de aquellas medicaciones de indicación y proveimiento legal en la Argentina (salvo para el caso autorizado, en lo que respecta a su introducción al país, y no en lo demás).

Entiende que en estas condiciones, la administración del burosumab lo sería sin que profesional alguno resulte responsable de las consecuencias negativas posibles de su administración, desde que, como lo han dejado claro los amparistas –dice- liberan a todos los profesionales de toda responsabilidad a su respecto.

Continúa exponiendo que esto deja en evidencia que en esta faceta preliminar y experimental que tendría el burosumab en el caso de E.B., ningún profesional resultaría responsable de sus consecuencias negativas que ninguno de los peritos en autos pudo descartar con algún grado de razonabilidad, y que deja huérfano de apoyatura la posibilidad de que sea la autoridad judicial la que se haga cargo de tal decisión (cfr. fs. 123/124).

Suma a tales consideraciones, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Buñes”. Por todo ello, desestima la cautela requerida.

Posteriormente, pasa a analizar los presupuestos de admisibilidad del amparo, conforme los términos establecidos en los artículos 1 y 3 de la Ley N° 1981, 43

de la Constitución Nacional y 59 de la Constitución Provincial.

En orden a ello, manifiesta que "... luego de haberse producido parte de la prueba ofrecida por las partes, entiendo que no corresponde continuar con la tramitación de la presente causa, al verificar en esta instancia que no están dados todos los recaudos de admisibilidad ..." (fs. 124).

En tal sentido, sostiene que el amparo impone la presencia de un acto u omisión de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y que en el caso de autos, resulta manifiesta la falta de tal presupuesto (cfr. fs. 124vta.).

Entiende que ello es así "... por cuanto el ISSN se encuentra brindando cobertura al 100% del tratamiento "convencional" previsto para la enfermedad que padece E. No existe ninguna normativa que obligue a la obra social a proveer un tratamiento que no se encuentra aprobado por las autoridades de aplicación sanitarias, por lo que no puede extraerse de su negativa un accionar manifiestamente arbitrario e ilegal ..." (fs. 124 vta.).

Por todo lo que expone, entiende el Juez de grado que no se encuentra presente uno de los recaudos de admisibilidad de esta acción, consistente en la ilegalidad o arbitrariedad manifiestas en la conducta de la demandada, por lo que declara su inadmisibilidad, imponiendo las costas por su orden.

7. A fs. 138/149 la parte actora apela lo resuelto y a fs. 153/159 vta. obra la réplica de la contraria, quien solicita el rechazo del recurso, con costas.

8. A fs. 167/177 la Cámara de Apelaciones resuelve hacer lugar a la medida cautelar, consistente en que el Instituto de Seguridad Social de Neuquén cubra en un 100% el tratamiento solicitado, todo ello bajo los estrictos controles médicos que requiere el caso, previa caución a determinarse en la instancia de grado.

Para así resolver, considera que se encuentra debidamente acreditada la verosimilitud del derecho a los fines del otorgamiento de la medida cautelar requerida.

Funda tal decisión en el informe pericial de la Dra. Carola Antonietti (fs. 69/70 y ampliación de fs. 74/75) y por todo lo considerado concluye que "... el nuevo tratamiento, es el adecuado para la etapa en que se encuentra E., máxime si se tiene en cuenta que la "nefrocalcinosis" que presenta la niña ha sido consecuencia del tratamiento convencional proporcionado a través de la obra social demandada ..." (fs. 173vta.).

También considera el informe de la Dra. María Gabriela Bastida, médica endocrinóloga infantil –propuesta por la actora- (cfr. fs. 174vta.), en donde se desprendería que la niña E.B. hace dos años que presenta nefrocalcinosis, y que sería progresiva.

Se extiende en consideraciones y menciona que, en coincidencia con el informe anterior, la perito entiende que la nefrocalcinosis que padece la niña es consecuencia del tratamiento que se sigue en la actualidad (cfr. fs. 175).

Y que, en cuanto al tratamiento a recomendar, la experta sostiene que, según las recomendaciones de la práctica clínica para el diagnóstico y manejo de hipofosfatemia ligada al cromosoma X publicada en el año 2019, realizada por expertos sobre el tema, habría que considerar el tratamiento con burosumab en niños y niñas con complicaciones con el tratamiento convencional.

Por último, analiza el informe médico del Dr. Maximiliano Alda obrante a fs. 118/119vta., donde se aludiría a las bondades de este nuevo tratamiento, en cuanto permitiría dejar de administrar fósforo a la paciente -principal factor de su nefrocalcinosis -dice-, y evitaría el progresivo deterioro de su función renal.

Por todo lo considerado, la Cámara considera que se encuentra acreditada la

verosimilitud del derecho a los fines del otorgamiento de la cautela solicitada.

En cuanto al peligro en la demora, también lo considera satisfecho, a la luz de los informes médicos analizados (fs. 176).

9. A fs. 178/213vta., la demandada impugna el decisorio por Inaplicabilidad de Ley con fundamento en el artículo 15°, incisos “a”, “b” y “c”, de la Ley N° 1406.

Aduce la recurrente que el decisorio impugnado incurriría en arbitrariedad manifiesta y en violación y errónea interpretación de las Leyes N° 23660, N° 23661, N° 24901, N° 16463 y N° 26689, Ley Provincial N° 2207 y Disposición del Ministerio de la Nación –ANMAT- N° 10401.

Entiende que la resolución de la Alzada sería arbitraria en tanto afirmar que a pesar de que el tratamiento médico con el medicamento burosumab no se encuentra autorizado por parte del ANMAT, condenaría a su representada a otorgar la cobertura del mismo al 100% (cfr. fs. 206vta./207).

Agrega que tal medicación no se encontraría nombrada por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén ni estaría incluida en el Programa Médico Obligatorio, toda vez que -según dice- no reuniría los requisitos que requiere la legislación vigente en el país para ser comercializada con carácter general (cf. fs. 207).

Considera que la resolución puesta en crisis avasallaría la normativa vigente en materia de salud a nivel nacional. Concretamente, alude al artículo 6 de la Ley N° 26689 que indica 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° 24.091 y sus modificatorias ...” (fs. 207).

Sostiene que la Alzada, al resolver en el modo que lo hizo, se estaría arrogando facultades que exceden su competencia, por cuanto otorgaría prestaciones por fuera de lo prescripto por la ley como obligatorias.

Continúa exponiendo que tampoco se habría cumplido con los requisitos de procedimiento establecidos por la Ley Provincial N° 2207, destinada a regular y controlar la investigación biomédica en seres humanos, a los efectos de su protección integral y que expresamente establece –según indica- “... que no se someterán a investigaciones los menores de edad ...” (fs. 208).

Agrega que “... una vez aprobado legalmente por ANMAT para su comercialización, se otorgaría como cualquier otra prestación incluida en el PMO, una vez que así la auditoría del ISSN lo evalúe y disponga ...” (fs. 208).

Prosigue su relato aduciendo que la Cámara habría omitido valorar lo mencionado por el perito de la demandada –Dr. Alda-, quien habría indicado que en función de la patología de la niña “... debieron haberse efectuado una serie de estudios previo a abordar la posibilidad de la utilización de una medicación de uso compasivo ...” (fs. 209vta.).

Aduce que de acuerdo a las opiniones de los peritos ninguno habría aseverado que la niña se encuentra en riesgo de vida, lo que refutaría –dice- lo considerado en el fallo que se recurre para otorgar una medida cautelar, tal como se ha fundado (cfr. fs. 209vta.).

Por todo lo considerado, entiende que la resolución impugnada violentaría el principio de legalidad y la garantía de debido proceso.

Por vía del inciso “c” del artículo 15° de la Ley Casatoria, sostiene que la resolución puesta en crisis incurriría en arbitrariedad manifiesta y le

provocaría un gravamen de imposible reparación ulterior “... al revocar la sentencia de 1° instancia y hacer lugar a la medida cautelar de la parte actora, por la cual se le ha denegado a esta parte al acceso de la doble instancia, y recurrir la condena ...” –textual- (fs. 210vta./211). Cita jurisprudencia e invoca el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Por último, manifiesta que en el caso analizado surgiría palmaria la existencia de aspectos de gravedad o interés institucional, que justificarían la intervención de este Tribunal Superior de Justicia.

Entiende que lo decidido en punto a la concesión de la medida cautelar, sería contradictorio con la disposición de abrir nuevamente la causa a prueba, toda vez que con su dictado se obligaría a la demandada a otorgar el medicamento en cuestión, con las implicancias riesgosas –dice- para la salud de la niña.

Por lo que considera que no se encuentran satisfechos los recaudos de procedencia de la medida cautelar solicitada.

II. Hecho este recuento de las circunstancias relevantes del caso y conforme el orden de las cuestiones planteadas al iniciar este Acuerdo, cabe ingresar a su estudio.

1. Así, en primer lugar, resulta oportuno dentro del carril de Inaplicabilidad de Ley, comenzar el análisis de la denunciada arbitrariedad que la impugnante encamina por la vía del artículo 15°, inciso “c”, de la Ley N° 1406.

Este Tribunal Superior de Justicia ha sostenido reiteradamente que la Ley N° 1406 contempla, a diferencia de otros ordenamientos procesales en casación, el acceso a esta instancia con sustento en la “arbitrariedad” por la vía del Recurso de Nulidad Extraordinaria (artículo 18°, segundo párrafo) y del de Inaplicabilidad de Ley (artículo 15°, inciso “c”), surgiendo del estudio de los antecedentes que impulsaron el dictado de la ley mencionada, que la causal de arbitrariedad prevista por vía del recurso de Inaplicabilidad de Ley debe ser entendida en torno a la figura del “absurdo”; mientras que por vía del remedio de Nulidad Extraordinaria, la arbitrariedad se asienta en cada uno de los motivos que especifica el segundo párrafo del artículo 18°, y que guarda una estricta relación con la mayoría de las causales desarrolladas por el Dr. Genaro Carrió en su obra Recurso Extraordinario -Tomo 2, ps. 93/109- (cfr. Acuerdo N° 35/17 “Provincia del Neuquén c/ Zingoni”, entre otros, del registro de la Secretaría Civil).

De modo que, conforme doctrina de este Cuerpo, la causal prevista por la vía aquí elegida, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas.

Dicha causal refiere a un vicio que se configura cuando la judicatura de grado al sentenciar incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdo N° 7/13 “Romero”, entre otros, del registro de la Secretaría Civil) o por una desinterpretación de las pruebas (cfr. Acuerdos N° 12/12 “Álvarez Claramunt” y N° 45/15 “Villagrán”, del registro antes citado).

Este Cuerpo lo ha caracterizado como “... el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica ...” (cfr. Acuerdo N° 19/98 “Cea”, entre otros, del mismo registro).

Sin embargo, las razones apuntadas por la recurrente en el acápite V.2) de la queja (cfr. fs. 210 vta./211 vta.), resultan inhábiles a los fines pretendidos.

Siendo así, la impugnación se presenta insuficiente para probar que la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones resulte arbitraria en los términos del inciso “c” del artículo 15 de la Ley Casatoria y la doctrina establecida por este Tribunal Superior de Justicia antes citada.

Entonces, en este aspecto, no se ataca idóneamente los fundamentos del fallo en crisis.

No puede perderse de vista que el Máximo Tribunal Nacional ha precisado que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. Fallos: 308:2351, 311:786, 312:246, 324:2169, 325:2794 y 325:3083, entre otros).

Por esa razón, esta doctrina es de carácter excepcional y exige para su procedencia un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (cfr. Fallos: 323:4028 y 326:297, entre otros), lo que no verifica en el caso, dada la ausencia de fundamentos hábiles a fin de sustentar dicha causal impugnativa.

2. Al proseguir el examen, interesa recordar que la demandada también obtiene la apertura de la instancia extraordinaria que se transita, por vía de Inaplicabilidad de Ley, fundando su pieza recursiva en los incisos “a” y “b” del artículo 15° de la Ley N° 1406.

De cara a los agravios desarrollados por el recurrente en casación, he de destacar que a los Tribunales de Grado les está reservada la verificación y determinación de los hechos litigiosos y a los Tribunales de Casación el control nomofiláctico, es decir, el control del estricto cumplimiento de las leyes y doctrina legal, por lo que el análisis que he de efectuar -en virtud del carácter extraordinario del recurso- se centraliza en verificar si los fundamentos vertidos en la sentencia de la Cámara de Apelaciones, fuera de las discrepancias que puedan haber, han tenido una adecuada calificación jurídica y subsunción en los preceptos legales que la rigen.

En este marco, la violación consiste en no aplicar a un hecho la regla que le corresponde. El vicio se produce en la base jurídica, es decir en la premisa mayor y se puede cometer de dos maneras: en sentido positivo, vulnerando el alcance del precepto; y, en sentido negativo, por desconocimiento o inaplicación del mismo.

La interpretación errónea se lleva a cabo cuando no se le da a la disposición un verdadero sentido, haciendo derivar de ella consecuencias que no resultan de su contenido. Es decir, se elige bien la normativa pero se le asigna un significado distinto al que realmente tiene. Se está en presencia de un error en la base jurídica o premisa mayor.

Por último, la aplicación errónea (o indebida) aparece cuando ha habido una incorrecta calificación de los hechos a los que se les aplica una regla que no corresponde y ello a causa de una defectuosa subsunción. El sentenciante arriba a una conclusión equivocada que no se compadece con las constancias del juicio (cfr. Hitters Juan Carlos, Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2ª edición, 2002, p. 209).

De ese modo, deberá examinarse en autos si a través del recurso incoado ha logrado acreditarse que la Alzada ha incurrido en el yerro que se denuncia.

2.a. Siguiendo estas pautas, es dable destacar, conforme la temática venida en casación, que la Cámara sentenciante juzga que según la plataforma fáctica del caso en particular, se encuentra debidamente acreditada la verosimilitud del derecho a fin de otorgar la medida cautelar peticionada y por añadidura –a su entender- el peligro en la demora, que considera también suficientemente abastecido.

Para así concluir, entiende que todos los informes médicos analizados coincidirían en los beneficios que otorgaría a E.B. el cambio de tratamiento, el que –según dice- no solo mejoraría la calidad de vida de la niña, sino que en función de su edad –etapa de crecimiento- sería el momento oportuno para su suministro.

2.b. Ello así, corresponde examinar el pronunciamiento dictado, desde los concretos motivos invocados por la parte recurrente.

Es decir, si se encuentra acreditada prima facie la verosimilitud del derecho, la necesidad de la medida para evitar un perjuicio inminente, y de consecuencias irreparables o de difícil reparación, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 30 de la Ley N° 1981.

En suma, determinar si se constata en el caso, con el grado de certeza requerida –propia de la naturaleza innovativa de la medida que aquí se peticiona- la verosimilitud del derecho que se invoca, teniendo como norte lo prescrito por el artículo 1° de la Ley N° 1981.

A tales efectos, se debe partir de la premisa inicial de que el reproche general radica en que la medida cautelar decretada por la Cámara obliga a la demandada a proveer el 100% de la medicación objeto de estas actuaciones, denominado burosumab conocido comercialmente como Crysvida, que fuera prescripto a la niña E.B. por su médica tratante como un tratamiento alternativo con motivo de la enfermedad de Raquitismo Hipofosfatémico ligado al cromosoma X (XLH) que padece.

Cabe señalar que no se encuentra controvertida en autos la base fáctica de la causa, sin cuya adecuada fijación –valga mencionarlo- resultaría imposible dar una respuesta jurídica al caso, toda vez que está fuera de discusión que la niña E.B. padece de un síndrome hipofosfatémico, llamado Raquitismo Hipofosfatémico. Tampoco se controvierte que se trata de una enfermedad poco frecuente y las consecuencias que de ella se derivan.

Que el Instituto de Seguridad Social de Neuquén asiste a E.B. con un tratamiento convencional asumido al 100% por dicha obra social, toda vez que la afiliada se encuentra enrolada en el Plan “D” desde el 19/08/20 con certificado emitido por la Junta Evaluadora de Discapacidad de Neuquén, de conformidad a lo establecido por la Ley N° 22431, en cumplimiento al compromiso internacional asumido por nuestro país como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención de los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional) y a que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (Fallos: 327:2127 “Martín” y 327:2413 “Lifschitz”).

En orden a ello, es que corresponde determinar, si la medida cautelar dictada por la Alzada se ajusta a la normativa y doctrina aplicable.

2.c. En primer lugar, cabe indicar que la Ley N° 26689 que promueve el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (EPF) establece en el artículo 6 que las obras sociales deben brindar cobertura asistencial, en los términos de las prestaciones que determine la autoridad de aplicación.

También es oportuno recordar que la Ley N° 24901 indica que las obras sociales

tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas que necesiten las personas con discapacidad afiliadas (artículo 2°).

En el capítulo V, al regular los servicios específicos, establece que la reglamentación establecerá los alcances y características específicas de estas prestaciones.

Ahora bien, en nuestro ámbito, cabe señalar que cuando la Provincia de Neuquén adhirió a la Ley N° 24901 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad (artículo 1°, Ley N° 2644), designó los entes necesarios para su implementación: a) la Junta Coordinadora de Atención Integral para la Discapacidad (JUCAID), b) el Ministerio de Salud y Seguridad Social, c) el Ministerio de Gobierno, Educación y Cultura, y d) el Instituto de Seguridad Social de Neuquén (artículo 2°, Ley N° 2644). Además, determinó que “... cada Ministerio, Organismo Provincial y la Obra social Provincial, deberán otorgar las prestaciones que le correspondan en el marco de sus respectivas competencias delimitadas por la Ley 2798, Ley 611 y demás legislación vigente ...” (artículo 2°, Decreto N° 726/12) y emitir la reglamentación técnica en relación a las prestaciones que resulten a su cargo (artículo 3°, Decreto N° 726/12).

La temática planteada, en torno a la obligatoriedad de las obras sociales de brindar las prestaciones médicas que se encuentran en fase experimental y, por ende, fuera del programa médico asistencial denominado Programa Médico Obligatorio, ha sido abordada y definida por el Máximo Tribunal Nacional en reiterados fallos, cuya doctrina resulta aplicable al presente por tener una plataforma fáctica semejante.

Tal es el caso del reciente precedente “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa B., M. A. y otros c/ (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/ amparo ley 16.986”, del 08/04/21.

Refiere inicialmente el fallo a la doctrina de esa Corte que “... ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también es doctrina del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 130:360; 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225, entre muchos otros) ...”.

Sostiene que “... habida cuenta del indudable carácter experimental del tratamiento biomédico reclamado y toda vez que el a quo ha soslayado que, conforme las constancias de la causa, la autoridad sanitaria no ha otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen las nuevas prácticas y tratamientos, corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha ordenado su cobertura (Fallos 332: 627) ...”.

En igual sentido, se pronuncia el máximo Tribunal Nacional en autos “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro” (Fallos: 329:2552).

Reitera la doctrina de esa Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552, entre otros). Empero, sostiene, “... no es menos cierto que ha quedado demostrado, y así también lo reconoce la propia actora, que el tratamiento que ésta reclama se encuentra, en la actualidad y respecto de su

enfermedad, en etapa de experimentación, no contándose, incluso, con resultados de ensayos clínicos fase III. Más aún; ni siquiera ello puede predicarse para el orden nacional ya que, no obstante lo afirmado por el a quo, la apelante no ha sostenido que en el país se registre protocolo de investigación alguno al respecto ...”.

Concluye así, “... Que, en tales condiciones, esta Corte no advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado ...” (Fallos: 329:2552).

En igual tesitura se ha pronunciado el Máximo Tribunal admitiendo limitaciones en las prestaciones a favor de las personas con discapacidad en los precedentes “P., E. G. y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno” (Fallos: 339:423); “V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación” (Fallos: 340:1269) y “D. G., C. E. c/ Obra Social del Poder Judicial” (Fallos: 340:1995).

En definitiva, corresponde afirmar que la Corte Nacional –intérprete final de la Constitución Nacional (Fallos: 1:340)- al resolver los casos citados ha considerado que la prestación médica asistencial prevista en la Ley N° 24901 no es extensiva a aquellos medicamentos en etapa experimental por encontrarse excluidos del Programa Médico Obligatorio.

2.d. Establecida entonces la interpretación normativa, corresponde analizar si se verifican los extremos requeridos para acoger favorablemente la cautela requerida.

En orden a ello, determinar si efectivamente en el caso se puede producir un juicio jurídico de verosimilitud, que habilite el anticipo de la garantía constitucional –derecho a la salud- que se esgrime como violentada.

En este sentido, ha de señalarse que la medida innovativa, en tanto funciona muchas veces como una suerte de sentencia anticipada, escapa a los límites de las cautelares ortodoxas. Por lo que, además de los recaudos de verosimilitud prima facie del derecho invocado, del peligro en la demora y la contracautela (artículo 232, Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén), exige de un cuarto requisito de superlativa importancia que consiste en acreditar de manera fehaciente la irreparabilidad del daño que podría llegar a causarse al beneficiario o beneficiaria en caso de que ésta no prosperara.

Que la presencia de tal recaudo sucede en dos hipótesis: a) cuando lo que se persigue vía cautelar coincide (total o parcialmente) con la sentencia final a la que aspira el o la amparista (tutela coincidente), son los casos en los que se materializa un anticipo de la sentencia de mérito; b) cuando lo que se persigue vía cautelar genera una nueva realidad jurídica distinta de la relación jurídica de que se trata.

En autos, confluyen ambas hipótesis. Por lo que, teniendo en consideración que la droga denominada burosumab no se encuentra autorizada aún en nuestro país y que la autorización extendida por la ANMAT lo es para lo que se denomina de uso compasivo (cfr. fs. 16/20), no puede válidamente sostenerse que se encuentre satisfecha la verosimilitud del derecho invocado, dada la etapa experimental en que se encuentra dicho medicamento, circunstancia que pone en evidencia la ausencia del recaudo analizado.

Por tal razón, siendo que la droga en cuestión no cuenta con aprobación legal para su comercialización en el país y, por lo tanto, no integra el Programa Médico Obligatorio, la exigencia cautelar carece de sustento normativo, al no existir fundamento legal constitucional o infraconstitucional que obligue a la

obra social demandada a su suministro.

Ello así, no se vislumbra con el grado de certeza requerido propio de la naturaleza de la medida peticionada, que estemos en presencia de un acto u omisión de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, en los términos definidos por la ley.

Es decir, no se advierte la verosimilitud del derecho invocado, en el marco de lo normado por el artículo 30 de la Ley N° 1981. De lo que se colige, que la decisión dictada por la Alzada, en tanto hace lugar al pedido cautelar, resulta en infracción a lo establecido en dicha norma.

En suma, de todo lo expuesto, se observa que el pronunciamiento impugnado colisiona con la doctrina que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por consiguiente, asiste razón a la quejosa, toda vez que a la luz de los lineamientos trazados, no puede válidamente concluirse en el acogimiento favorable de la cautela pretendida.

Por lo que corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la accionada por las causales previstas en los incisos “a” y “b” del artículo 15° de la Ley N° 1406, por configurarse el vicio alegado por la recurrente y casar la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad.

III. Que a la segunda cuestión planteada, en función de lo analizado y, de que los elementos sopesados resultan suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento, en los términos del artículo 17°, inciso “c”, de la Ley N° 1406, ha de recomponerse el litigio, mediante el rechazo de la apelación deducida por los amparistas. En consecuencia, corresponde confirmar íntegramente el decisorio de Primera Instancia por los fundamentos aquí vertidos.

IV. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, en atención a las particularidades del caso y la naturaleza del asunto, parece prudente imponer las costas en esta instancia casatoria en el orden causado –tal como se dispuso en las instancias previas- (artículos 20, Ley N° 1981, 12, Ley Casatoria, y 69, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

V. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 178/213vta. por la demandada –Instituto de Seguridad Social de Neuquén- por configurarse el vicio alegado por la recurrente con base en las causales contempladas en los incisos “a” y “b” de la Ley N° 1406, desestimando la del inciso “c” y, en consecuencia, CASAR la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería –Sala III- de esta ciudad, obrante a fs. 167/177. 2°) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, inciso “c”, de la Ley N° 1406, recomponer el litigio, mediante el rechazo de la apelación interpuesta por la parte actora y, en consecuencia, confirmar íntegramente la decisión de Primera Instancia por resultar ajustada a derecho conforme la normativa aplicable y la doctrina del Máximo Tribunal Nacional. 3°) IMPONER LAS COSTAS en todas las instancias en el orden causado (artículos 20, Ley N° 1981, 12, Ley Casatoria, y 69, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). 4°) REGULAR los emolumentos correspondientes a las labores efectuadas por los profesionales que intervinieron ante la Alzada en un 30% de la cantidad que debe fijarse para los honorarios de primera instancia, por su intervención en el mismo carácter; y, por la etapa casatoria, en un 25% de la cantidad que corresponde regular en origen, teniendo en cuenta el carácter asumido por cada profesional en la

instancia extraordinaria local (artículos 2, 15 y 35, Ley N° 1594). 5°)

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase los autos a origen. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor Vocal doctor EVALDO D. MOYA, dijo: Por compartir los fundamentos expresados y la solución propiciada por el colega preopinante doctor ROBERTO G. BUSAMIA, es que emito el mío en el mismo sentido que el suyo. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiendo dado la debida intervención a la Fiscalía General y a la Defensoría General, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 178/213 vta. por la demandada –Instituto de Seguridad Social de Neuquén- por configurarse el vicio alegado por la recurrente, con base en las causales contempladas en los incisos “a” y “b” de la Ley N° 1406, desestimando la del inciso “c” y, en consecuencia, CASAR la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería –Sala III- de esta ciudad, obrante a fs. 167/177. 2°) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, inciso “c”, de la Ley N° 1406, recomponer el litigio, mediante el rechazo de la apelación interpuesta por la parte actora y, en consecuencia, confirmar íntegramente la decisión de Primera Instancia por resultar ajustada a derecho, conforme la normativa aplicable y la doctrina del Máximo Tribunal Nacional. 3°) IMPONER LAS COSTAS en todas las instancias en el orden causado (artículos 20, Ley N° 1981, 12, Ley Casatoria, y 69, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). 4°) REGULAR los emolumentos correspondientes a las labores efectuadas por los profesionales que intervinieron ante la Alzada en un 30% de la cantidad que debe fijarse para los honorarios de primera instancia, por su intervención en el mismo carácter; y, por la etapa casatoria, en un 25% de la cantidad que corresponde regular en origen, teniendo en cuenta el carácter asumido por cada profesional en la instancia extraordinaria local (artículos 2, 15 y 35, Ley N° 1594). 5°) ORDENAR registrar y notificar esta sentencia y, oportunamente, devolver las actuaciones al Tribunal de origen.

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. EVALDO D. MOYA

Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO - Secretario