

Bahía Blanca, 18 de noviembre de 2021.

VISTO: Este expediente nro. FBB 3220/2021/CA2, caratulado: "G., O. A. c/ PAMI INSSJP s/AMPARO LEY 16.986", venido del Juzgado Federal nro. 2 de la sede, para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 70/73, contra la resolución de fs. 68 (Foliatura Sistema LEX 100).

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

1. La Sra. Jueza de grado resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el Sr. O. A. G. contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), ORDENANDO a la demandada brindar en favor del actor el tratamiento con la medicación "NINTEDANIB", conforme lo prescripto por su médico tratante especialista en neumonología, Dr. Jorge Draghi, con fechas 05/05/21, 28/05/21, 31/05/21 y 02/07/21.

Asimismo impuso las costas a la demandada vencida (art. 14 ley 16.986) y difirió la regulación de honorarios de los profesionales actuantes hasta tanto denuncien su situación previsional e impositiva.

2. La sentencia fue apelada por la apoderada de la demandada, quien se agravió de lo siguiente: a) que la jueza de grado no tuvo en cuenta al momento de resolver la opción brindada por la demandada, la cual se encontraba debidamente fundamentada, como así tampoco, la pericia producida por la demandada en la etapa de prueba; b) que la jueza de grado basó su fundamentación en que con la alternativa brindada por la demandada, el Sr. G. se vería impedido de exponerse al sol debiendo realizar sus actividades de forma nocturna, lo cual podría ser subsanado mediante el uso de factor solar protección total y tomando recaudos como no exponerse a la luz solar en determinados horarios; c) que la jueza de grado tuvo por acreditada la existencia de una enfermedad solo a partir de lo informado por el médico tratante; d) que su mandante no rechazó la cobertura sino que ofreció una alternativa medicamentosa que tiene las mismas contraindicaciones que la solicitada en el objeto del amparo, con la sola salvedad de la exposición al sol; e) que la especial tutela que gozan los certificados médicos no implica considerarlos aisladamente de demás documentos que acompañen a los mismos; f) que la jueza de grado abrió la causa a prueba como una simple cuestión formal, desestimando y soslayando una y otra vez lo que su mandante viene sosteniendo; g) que no existió un obrar arbitrario e ilegal por parte del INSSJP; y h) finalmente, en relación a la imposición de costas.

3. La parte actora contestó traslado a fs. 75/77, propiciando el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia de grado.

4. Por su parte, el Sr. Fiscal General subrogante asumió la intervención que le compete y propició el rechazo del recurso (fs. 81/83).

5. Respecto de los hechos que dieron lugar a esta acción de amparo, de las constancias acompañadas en la causa (fs. 2/8) surge que el actor O. A. G., de 76 años de edad, afiliado de PAMI, fue diagnosticado con: "Fibrosis Pulmonar Idiopática", a raíz de lo cual su médico tratante, el Dr. Jorge Draghi - Especialista Jerarquizado Neumonología le prescribió tratamiento con Nintedanib 100 mg. Comp. cada 12 horas.

A raíz de la solicitud del medicamento por parte del actor, se inició ante PAMI el Expte. Nro. 3985078, en el marco del cual la obra social demandada le informó al Sr. G. que la medicación solicitada se encontraba fuera del vademécum de PAMI.

En virtud de ello, el Sr. G., mediante carta documento de fecha 22 de junio de 2021, intimó a PAMI para que en el plazo de 48 hs. efectúe la provisión del medicamento Nintedanib, según receta medida adjuntada oportunamente al Expte. Nro. 3985078 para el tratamiento de "Fibrosis Pulmonar Idiopática".

Ante dicha solicitud, PAMI contestó mediante carta documento de fecha 25 de junio de 2021, indicando que para la "Fibrosis Pulmonar Idiopática" dispone de tratamiento antifibrótico con Pirfenidona y que la droga solicitada por el afiliado no se encuentra en el vademécum de PAMI, por lo que el instituto no contemplaba la cobertura y le sugirió al afiliado que solicite al galeno la posibilidad de reevaluar la alternativa medicamentosa en función de lo ofrecido.

Dicha negativa de PAMI a la cobertura del medicamento indicado por el médico tratante del actor motivó la interposición de la presente acción de amparo.

En un primer momento, la Jueza de grado resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, lo cual fue confirmado por esta alzada.

Finalmente, luego de producida la prueba, la señora Jueza de grado hizo lugar a la acción de amparo incoada por O. A. G. contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, lo que motivó el presente recurso de apelación por parte de la demandada.

6. La cuestión a dilucidar consiste en si corresponde a la obra social la cobertura del tratamiento con Nintedanib 100 mg. Comp. cada 12 horas, indicado por el médico tratante del Sr. O. A. G.

Cabe señalar que el presente caso involucra el derecho a la preservación de la salud del amparista, el cual constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico lo ha dotado de la máxima protección normativa: arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 4 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sumado a ello, también corresponde recordar que por la ley 26.689 de "Enfermedades Poco Frecuentes", el diagnóstico de la amparista (Fibrosis Pulmonar Idiopática) se encuentra incluido en el listado que promueve el cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes y establece el alcance de la cobertura asistencial que debe brindarse a las personas que padecen dichas enfermedades (v. Resolución del Ministerio de Salud de la Nación N° 641/2021).

7. En primer lugar corresponde destacar, que en el presente caso no se encuentra controvertido el Sr. O. A. G. esté afiliado a PAMI (cfr. copia de DNI y constancia de afiliación).

En cuanto al diagnóstico médico del actor, si bien la demandada se agravia al respecto, entiendo que la afección que padece "Fibrosis Pulmonar Idiopática" se encuentra suficientemente respaldado a partir de las constancias médicas aportadas en la demanda, tales como el Resumen de atención Neumonológica de fecha 5 de mayo de 2021, el Informe médico de fecha 28 de mayo de 2021, el Informe Neumonológico ampliatorio de fecha 31 de mayo de 2021 y el certificado médico de fecha 2 de julio de 2021.

Conforme surge del Resumen de atención Neumonológica, el 21 de enero de 2021 el Sr. G. fue derivado por su cardiólogo tratante, por padecer de disnea clase funcional - sensación de falta de aire- y posible derrame pleural, siendo que el amparista cuenta con antecedentes de tabaquismo, monorreno, policitemia vera y se encuentra medicado por la disnea.

Al haberse realizado una tomografía multislice de tórax y una espirometría surgen imágenes compatibles con fibrosis pulmonar y defectos ventilatorios leve, de tipo obstructivo y moderado restrictivo.

A partir dichos estudios, fue diagnosticado por el Dr. Jorge Draghi con Fibrosis Pulmonar Idiopática y se le explicó que el tratamiento de dicha enfermedad no es curativo sino que desacelera la evolución de la enfermedad, mejorando su calidad y expectativa de vida y se le hizo saber la existencia de dos tipos de drogas que se utilizan para el tratamiento, la Pirfenidona y la Nintedanib.

Ante dicha situación, el amparista, habiendo sido informado acerca de los efectos adversos de cada uno de los fármacos mencionados, señaló que prefería la toma de menos comprimidos y no verse limitado en su actividad física y exposición al sol, por lo que el médico tratante le indicó tratamiento con Nintedanib 100 mg. Comp. cada 12 hs.

Finalmente cabe destacar, que al inicio del expediente Nro. 3985078 PAMI caratuló la criticidad inicial del caso como "ALTA", y se limitó a negar la solicitud del afiliado porque la medicación se encontraba fuera de convenio, indicándole que consulte el vademécum online, no requiriéndole otros estudios para verificar el diagnóstico del paciente, lo cual introdujo con posterioridad en la carta documento reiterando su negativa a brindar la medicación e indicando tratamiento con Pirfenidona.

Por lo que en un primer momento la enfermedad del afiliado no se encontraba discutida por PAMI, lo que demuestra una accionar contradictorio y malicioso por parte de la demandada, en cuanto autoriza un medicamento dentro de su vademécum, pero luego pretende desconocer el diagnóstico del amparista para otorgar la cobertura de un medicamento fuera de convenio.

8. Por otro lado, si bien la demandada aduce que no se configura la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el caso, dado que PAMI ofreció la cobertura de una droga alternativa al 100%, la cual fue avalada por la pericia producida por la demandada, tal como lo ha sostenido este tribunal en reiteradas oportunidades, ante la colisión de criterios científicos respecto al tratamiento a seguir, corresponde dar prevalencia al criterio del médico tratante frente a la opinión de la prestadora, pues fue aquel quien tuvo contacto directo y asiduo con su paciente, evaluándolo y, en consecuencia, concluyendo con un diagnóstico científico.

Cabe señalar, que del Informe Neumonológico ampliado del 31 de mayo de 2021, se desprende que el Dr. Dragui indicó que dicha medicación es

la adecuada no solo por su experiencia médica, sino a su vez por la baja incidencia de efectos adversos en diferentes pacientes tratados, sumado a la poca cantidad diaria de comprimidos -dos por día-, y la posibilidad de mantener calidad de vida, al poder mantener la exposición solar. Agregando que Nintedanib y Pirferidona tienen distintos mecanismos de acción y destacando que si bien la enfermedad no tiene cura es imperioso el tratamiento con el fin de ralentizar la evolución de la misma.

Así, en autos se acreditó la prescripción como tratamiento a la patología, del fármaco Nintedanib 150mg. cada 12 hs. como así también los beneficios por los cuales el amparista debe ingerir la droga prescrita por el médico y no aquella ofrecida por la obra social.

No es menor destacar que no existe una cura para la enfermedad que padece el amparista, siendo que el paciente debe convivir con el tratamiento con medicamentos a largo plazo, por lo que es importante priorizar el que le brinde una mejor calidad de vida.

Por lo expuesto, considero que la negativa de la demandada a proveer el medicamento Nintedanib x 150 mg. constituye una omisión arbitraria que determina la procedencia del amparo interpuesto, pues la presente - en definitiva- resultó la única vía disponible para obtener la cobertura del medicamento indicado, por lo que corresponde confirmar la decisión de la jueza de grado.

9. Finalmente, en relación a las costas no corresponde exonerar a la demandada del resarcimiento de los gastos que debió realizar la parte actora con motivo de este proceso, debiéndose aplicar el principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 14 de la ley 16.986, en tanto la demandada resulta sustancialmente vencida.

Por ello, propicio y voto: 1ro.) Rechazar el recurso de apelación intentado a fs. 70/73 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 68, con costas (art.68, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios para la vez en que se estimen los de la instancia de grado.

El señor Juez de Cámara, Roberto Daniel Amabile, dijo:

Respetuosamente habré de dejar sentada mi disidencia con el voto que encabeza el acuerdo, por los fundamentos que a continuación expongo:

1. Si bien coincido con la reseña efectuada por mi colega preopinante en el consid. 6to respecto del amplio espectro de derechos constitucionales que se encuentran en juego en la presente causa, por

encontrarse discutido en el fondo el cumplimiento de una prestación médica que repercute en el derecho a la salud, considero que de las constancias médicas acompañadas no surge la indicación médica precisa que excluya a la droga ofrecida por el INSSJP para que se configure la arbitrariedad requerida por el art. 1 de la ley 16.986.

Aún más, el mismo profesional que asiste al paciente indicó que ambas drogas se encuentran aprobadas como tratamiento para la patología del amparista, concretamente en la historia clínica obrante a fs. 4/6 señaló: "Se le explica al paciente que la orientación diagnóstica es Fibrosis Pulmonar Ideopática..(..)se le informa que en base a mi experiencia, hay dos tipos de droga que utilizo para el tratamiento: Pirefidona..(..)Nintedanib..(..)Al terminar la explicación y asintiendo el entender de mi explicación y estando presente su esposa, me refiere que para su leal entender prefiere menos comprimidos y no verse limitada su actividad física y exposición al sol..(..)se le indica por lo tanto Nintedanib 100mg....(..)a la fecha, ni la Pirfenidona ni el Nintedanbid han demostrado una clara ventaja entre sí. Las experiencias con terapias modificadoras de la enfermedad, muestran que la educación y el apoyo a los pacientes mejoran el manejo de los posibles eventos adversos" (Fdo. Dr. Jorge Draghi, especialista jerarquizado en neumología, MP 18.661).

Luego, amplió su informe el 18 de agosto de 2021 indicando los motivos de su prescripción, pero de su lectura tampoco se puede concluir que la droga ofrecida por el INSSJP sea inadecuada para tratar la patología o, que en el caso concreto, su paciente no pueda tolerarla, más allá de las consideraciones respecto a los posibles efectos adversos de una u otra droga.

2. Siendo cada amparo de salud un caso particular y diferente a otros, y que cada paciente, junto con su cuadro clínico, es único, el criterio esgrimido por el médico tratante debe ser volcado de manera clara, precisa o suficiente, apuntando en datos y elementos medicocientíficos objetivos e indisputables, de los que se permita derivar la mayor aptitud de la alternativa medicamentosa elegida por éste, frente a la alternativa ofrecida y provista por la contraparte y que, según postura de ésta, también es un fármaco apto para tratar la especial patología que presente quien acciona.

En el caso, la parte actora no probó de manera suficiente, es decir con ajuste a las exigencias enunciadas, que el medicamento ofrecido por la obra social resulte inadecuado o le cause efectos adversos específicos, más allá de los genéricamente enunciados.

En consecuencia, las precauciones o cuidados que el paciente debe adoptar en cuanto a la exposición solar de ningún modo constituyen argumentos suficientes para obligar a la obra social a la cobertura de una medicación diferente a la ofrecida en su vademécum, más aún cuando los eventuales efectos adversos pueden ser prevenidos con la conducta adecuada del propio paciente.

3. Asimismo, la perito médica propuesta por la parte demandada, Dra. Silvina Acuña M.N. 110540 concluye: "no se evidencia condición médica que desaconseje el uso de pirfenidona" (cfr. informe pericial obrante a fs. 63).

4. Por consiguiente, no se observa justificación médico- científica suficiente dentro de las esbozadas por el médico tratante en los certificados adunados a la causa que descarten la utilización de la droga ofrecida por el INSSJP.

Por ello, propicio y voto: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 70/73 y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo intentada. Costas por su orden atento a que el actor pudo creerse válidamente con derecho a litigar (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

ES MI VOTO.

La señora Jueza de Cámara, Silvia Mónica Fariña, dijo:

De acuerdo a la prueba incorporada a la presente causa, considero que no se encuentra suficientemente acreditada la alegada arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte del INSSJP que determine la procedencia del amparo en los términos expuestos.

Por ello, comparto en lo sustancial lo desarrollado por el doctor Roberto Daniel Amabile y me adhiero a la solución propuesta.

Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, SE RESUELVE: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 70/73 y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo intentada. Costas por su orden atento a que el actor pudo creerse válidamente con derecho a litigar (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase.

Silvia Mónica Fariña

Roberto Daniel Amabile

Pablo A. Candisano Mera

Nicolás Alfredo Yulita

Secretario de Cámara