

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los 27 de Octubre del año 2022, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con la Dra. Alejandra Barroso y el Dr. Pablo G. Furlotti, con la intervención del Secretario de Cámara, Dr. Juan Ignacio Daroca, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"SCHAMBERGER LILIANA EDITH C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO"** (Expte. Nro.: 62582, Año: 2021), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 400/411 luce la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 14 de marzo de 2022, mediante la cual el juez interviniente rechaza el amparo promovido y ordena el levantamiento de la medida cautelar oportunamente dictada a partir del día de la firmeza del fallo.

Impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Este pronunciamiento es recurrido por la actora mediante IW de fecha de cargo 17/3/22 (fs. 415/421vta.), quien interpone recurso de reposición con apelación en subsidio. La reposición es desestimada in limine por el A quo con fundamento en lo dispuesto por el art. 238 del CPCC, y el recurso de apelación es concedido en relación y con efecto devolutivo.

Conferido el pertinente traslado contesta la demandada mediante IW de fecha de cargo 25/3/22 (fs. 424/432).

II.- Agravios.

Primer agravio.



La actora en su queja, luego de destacar algunos antecedentes de autos, cuestiona concretamente el rechazo del amparo con fundamento en que, conforme las constancias de autos, desde que la actora recibió dicha cobertura con la medida cautelar tomada y confirmada en ésta Alzada, la situación de deterioro se detuvo, por lo cual, con ésta decisión, se tornan ilusorios el derecho a la salud y a la vida de la amparista.

Señala que ante la negativa del tratamiento propuesto por sus médicos tratantes debió requerir el uso de oxígeno terapia, situación que se modificó desde el cumplimiento de la medida cautelar.

Considera entonces que confirmar el rechazo de la demanda posibilitará el incremento del daño hasta la muerte de la amparista.

Reitera que detener el tratamiento generará más daño a sus pulmones, como ocurría previo a la demanda, siendo que hay debida constancia de que el tratamiento detuvo la progresión del daño notablemente, lo que no fuera desmentido por el perito.

Señala que se equivoca el juez al hacer foco en la EPOC, cuando éste es consecuencia de la enfermedad genética de base que es déficit de Alfa 1 Antitripsina, y que su daño pulmonar nace a causa de esta patología de nacimiento.

Destaca que la aparición de los síntomas hicieron detectable la patología posteriormente al EPOC, pero la patología congénita es anterior, por lo que considera que el análisis es errado.

Dice que la enfermedad que padece es progresiva y mortal pero que puede ser tratada con la medicación peticionada, y que desde que comenzó a tratarse con la medida cautelar, sus valores no continuaron el deterioro que tenía previo al inicio de esta acción.

Entiende que nada dice el perito de oficio como tratamiento alternativo eficaz, ni niega que se haya detenido la progresión del daño.

Refiere a la falta de valoración de la prueba empírica de la situación de la amparista al momento posterior de contar con el tratamiento, y por lo tanto no tiene en cuenta las condiciones existentes al momento de resolver.

Afirma que las condiciones al momento de resolver demuestran que desde que cursa el tratamiento se ha detenido el deterioro de su función pulmonar, por lo que entiende que sus médicos estaban en lo cierto.

Señala y transcribe el informe de su médico tratante, indicando que no fue valorado por el A quo y menciona que nada propuso la demandada como solución para resguardar la salud de la actora.

Considera que nadie indicó un tratamiento alternativo mejor al aplicado, y que nadie puede negar que la falta de tratamiento llevará a la muerte prematura de la amparista.

Realiza otras consideraciones a las que me remito y solicita se haga lugar a los agravios planteados.

Segundo agravio.

En esta segunda queja, y en forma subsidiaria, considera que debe modificarse la imposición en costas teniendo en consideración que la actora pudo haberse considerado con derecho a reclamar en una materia tan específica, por lo que considera que cabe apartarse del principio objetivo de la derrota.

Mantiene reserva de caso federal.

III- Contestación de agravios.

La demandada en su contestación, en forma preliminar, denuncia el incumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 265 del CPCC.

Igualmente contesta los agravios y expresa que su parte manifestó, conforme el informe técnico, que la medicación requerida no se encuentra incluida en el PMO, por no considerarse esencial, ni tampoco en el listado de medicamentos esenciales de la OMS, a pesar de estar autorizada por la ANMAT.



A su vez manifiesta que informó en diversas oportunidades tanto al médico tratante como a la actora que la medicación que solicitaba carece de evidencia científica que sustente su efectividad para tratar esta patología y que incluso se habría demostrado que provoca empeoramiento en la función pulmonar, no detectándose mejoramiento en la calidad de vida.

Dice que le otorgó en su totalidad las alternativas de tratamientos de sostén, como aerosoles inhalados, tratamientos sistémicos, terapia de rehabilitación pulmonar, kinesioterapia, oxigenoterapia, los que, sin perjuicio de la medicación, deben ser parte del tratamiento como lo indicó el perito.

Expresa que es la propia actora quien pone en riesgo su salud al no aceptar los tratamientos alternativos a su disposición.

También destaca que el sentenciante ha señalado que su parte le ha otorgado a la actora la información necesaria en pos de resguardar su salud, mientras que reitera, es la propia actora quien rechaza un tratamiento acorde a su patología.

Aduce sobre la demora durante años por parte de la actora de utilizar las alternativas que se le ofrecieron, por lo cual entiende que la responsabilidad sobre su vida y su salud se encuentra supeditada a su propia decisión.

Con relación a que el deterioro se haya detenido con motivo de la medicación suministrada desde la medida cautelar, sostiene que no se puede afirmar ello, en tanto no consta acreditado en autos algún efecto positivo de la medicación.

Con relación a la imposición en costas entiende que no se encuentran presentes las razones excepcionales que ameritarían el apartamiento del principio general de costas al vencido.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita el rechazo del recurso interpuesto, con costas.

Formula reserva de caso federal.

IV.- Análisis de los agravios.



1.- Adelanto que considero que las quejas traídas cumplen, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del CPCC.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), a la luz del principio de congruencia.

En este aspecto, entiendo que el derecho al recurso integra las garantías del debido proceso, conforme se establecen en el art. 8 de la CADH, las cuales son aplicables en todos los procesos sin importar la materia de que se trate, conforme jurisprudencia de la Corte IDH (OC N°18/03 del 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124, entre otros).

Estas garantías procesales deben servir como pautas interpretativas de lo dispuesto en los códigos de procedimiento, entre ellos los arts. 265 y 266, en tanto estas normativas cumplen la función de reglamentación de esas garantías constitucionales.

En ese orden de ideas es que entiendo debe tenerse en cuenta esta dimensión constitucional del procedimiento civil con fundamento en las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 27 y 58 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimientes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

2.- Refiriéndome concretamente a la decisión en crisis, el sentenciante primeramente destaca los hechos no controvertidos por las partes.

En este aspecto señaló que no se encuentra controvertido que la accionante es afiliada al ISSN, que cuenta con certificado

de discapacidad del JUCAID, por diagnóstico de insuficiencia respiratoria por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, que padece EPOC severo con disnea, por la cual sus médicos tratantes le prescribieron la ingesta del medicamento marca GLASSIA, inhibidor de Alfa 1 Proteinasa (humano) al 2%; que solicitó al ISSN demandado la cobertura de dicho medicamento en numerosas oportunidades y finalmente, que la demandada denegó el pedido con fundamento en la evaluación técnica del comité técnico interno.

De dicho informe surge, sintéticamente, que no se habría demostrado, con este medicamento, mejoría en desenlaces duros o clínicamente significativos que superen a los de un tratamiento convencional, lo cual sería concordante con el prospecto del producto y con la evidencia científica disponible.

Destaca que este informe es atacado por la actora, por infundado alegando que su médico tratante ha dado suficientes motivos que demostrarían que el medicamento es altamente beneficioso para tratar su enfermedad.

En estos términos, el sentenciante ingresa a valorar la pericia médica rendida en autos por un especialista en neumología.

Con fundamento en esta valoración y aún con un criterio amplio, concluye que la demandada no ha obrado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que derive en una lesión al derecho a la salud de la actora, por lo que rechaza la demanda y dispone el levantamiento de la medida cautelar una vez firme la presente.

Impone las costas a la actora.

3.- Llegadas las actuaciones a esta instancia, y ya a estudio de la suscripta, se solicitó como medida para mejor proveer una ampliación de la pericia médica, fijando los puntos de pericia específicos que se necesitaban conocer para resolver (fs. 438).

Dicha medida fue proveída favorablemente la cual consistió, esencialmente, en efectuar nuevos estudios a la actora a los fines de evaluar la situación al momento de resolver (art. 163 inc. 6 último párrafo del CPCC).



En cumplimiento de dicha medida se acompañaron los estudios realizados a la actora a fs. 460/462 y fs. 467/468; el perito médico presenta su pericia conforme los puntos propuestos (fs. 472/473), los cuales son impugnados por la actora a fs. 476/478, contestadas por el perito a fs. 482/482vta.

4.- Sentado lo anterior y resumida la posición de las partes, procederé seguidamente al análisis de los agravios.

Primer agravio

a.- La actora inicia este amparo solicitando se condene al ISSN le provea el medicamento "inhibidor de Alfa 1 Proteinasa (humano) 2% solución para perfusión I.V. marca GLASSIA 16 frascos x 1 gramo", en la cantidad y por el tiempo que sus médicos tratantes lo prescriban.

No se encontraría controvertido el padecimiento de la actora, aunque la recurrente en su escrito recursivo indica que el sentenciante se refiere a la EPOC, cuando en realidad la actora padecería déficit de Alfa 1 antitripsina.

Se acreditó que se le ha otorgado a la actora el carnet del JUCAID que acredita su condición de persona con discapacidad. El diagnóstico es insuficiencia respiratoria crónica por enfermedad pulmonar obstructiva no especificada (fs. 76).

Surge de autos que la actora reclamó la cobertura de ese específico medicamento prescripto por sus médicos tratantes y que el ISSN demandado rechazó esa cobertura con fundamento en la evaluación realizada por el comité técnico interno que, sintéticamente, expresó que no hay evidencia clínica suficiente de que el medicamento sea beneficioso, lo cual resulta del mismo prospecto, con respecto a la marca en particular prescripta por los médicos (GLASSIA).

En definitiva, sostienen que no se recomienda este tratamiento, ya que no ha demostrado mejoría en desenlaces duros o clínicamente significativos que superen los de un tratamiento convencional, todo lo cual, afirman, es concordante con la

información del prospecto y con la evidencia científica que tuvieron disponible hasta ese momento.

En el informe presentado por la demandada, ésta contesta en similares términos a los vertidos en la evaluación del comité técnico.

Adujo sintéticamente que en ningún momento actuó con arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta, que en forma actual e inminente lesione el derecho a la salud de la actora.

Agrega que además la actora presenta antecedentes de tabaquismo y que el medicamento está contraindicado en esos casos.

Considera que no puede abonar medicación con escasa evidencia científica, siendo que tampoco se ha acompañado documentación que respalde las mejorías que se alegan.

Realiza también en su escrito de responde, un análisis del costo/beneficio del medicamento en orden a las obligaciones de cobertura que tiene con el resto de la población de la provincia.

En definitiva, funda su rechazo en la falta de estudios médicos y científicos que acrediten su efectividad o sus efectos perjudiciales, y que la actora no ha acreditado que no sea riesgosa para su salud.

En estos términos, que reitera en su informe de contestación, entiende que el tratamiento requerido no modificará el cuadro que presenta, por el contrario, pondrá en riesgo su salud más de lo que está en estos momentos.

Aclara que la actora goza de todos los tratamientos alternativos, aunque de sostén, no de reemplazo, conforme los menciona en su escrito (fs. 218).

Entiende en estos términos que no se encuentran reunidos los requisitos del art. 1 de la ley 1981 para la procedencia de la acción.

El sentenciante, centra su decisión en la valoración de la prueba médica pericial rendida en autos (fs. 382/383vta.).

En su dictamen, el perito afirma que la actora padece EPOC de grado severo, aunque del informe surge asimismo que la

actora padece déficit de alfa 1 antitripsina, que sería el freno natural que evita el daño que producen los productos que lleva el cigarrillo, lo cual posibilita un mayor daño que el que padece un paciente sin dicho déficit.

Refiere en su dictamen sobre la forma de medir la extensión del daño, que se mide en la membrana pulmonar funcional destruida a través del método que se denomina laboratorio pulmonar.

Entre los elementos que mide el laboratorio pulmonar está la DLCO (difusión de monóxido de carbono), indica los valores de la actora (21% cuando el valor normal es 80%); con respecto a la tolerancia al esfuerzo indicó que se mide con una caminata de 6 minutos y que requiere oxígeno para la realización de esfuerzos físicos; luego se refirió a la calidad de la oxigenación en el sueño con el método de la poligrafía respiratoria expresando que oxigena por debajo de los valores mínimos aceptables para mantener la calidad del descanso.

Seguidamente, con referencia al medicamento marca GLASSIA, en lo que interesa, señala que la eficacia de administrar sustitutivos de alfa 1 antitripsina no han demostrado modificaciones en el FEV1, DLCO ni en la calidad de vida.

Luego da cuenta de algunos tratamientos alternativos: con corticoides inhalados, sumado a broncodilatadores de larga duración LABA así como broncodilatadores antimuscarínicos LAMA, que asegura son efectivos en la reducción de la caída de FEV1 en los pacientes con EPOC. También sugiere tratamiento de rehabilitación pulmonar.

Al responder si puede beneficiarse la actora con este tratamiento, indica que es difícil de aseverar o negar. Señala que el número de pacientes es muy bajo y que no existen estudios de relevancia que puedan aseverar un efecto terapéutico benéfico por el uso de este método.

Dice que medir la magnitud del beneficio esperado en este caso particular, no es posible.

Luego refiere a las alternativas para el tratamiento del EPOC, aunque no del déficit de alfa 1 antitripsina.

Con relación a éste déficit, considera que los tratamientos de reemplazo serían similares entre las disponibles en el mercado, en tanto la ANMAT no refiere a "mejores alternativas".

Luego, se refiere puntualmente a éstos medicamentos de reemplazo, o que entiendo serían de sustitución de esa enzima deficitaria, y señala: "... 13. Los efectos farmacológicos de la sustitución exógena de ésta sustancia, es en teoría, detener la acción de la Tripsina. Esta sustancia (tripsina) participa en las reacciones inflamatorias pulmonares, y es capaz de producir daño estructural pulmonar. 14. La medicación requerida está autorizada por ANMAT pero no está dentro de las drogas esenciales de la OMS y no se encuentra en el PMO. 15. Estimo que independientemente del estado médico de la paciente, la indicación del uso de dicha droga proviene de los resultados de laboratorio que demuestren su déficit. En cuanto a si sólo puede recibir GLASSIA... cualquiera de éstas enzimas sustitutivas autorizadas por ANMAT cumplen con los criterios de calidad y seguridad y por ende son equivalentes...".

La actora impugna la pericia a fs. 385/387, y, en su respuesta, en lo que considero de interés, el perito contestó que si el medicamento está autorizado por la ANMAT, es de suponer que los potenciales beneficios son mayores que los riesgos; que por otro lado los tratamientos con corticoides inhalados (LAMA y LABA) son sugeridos independientemente de GLASSIA, pero dice que, lógicamente, no aseguran un beneficio en la totalidad de los casos, pues ello depende de lo avanzado de la enfermedad.

Con relación a la administración del inhibidor de proteinasa alfa 1 antitripsina, dice que no puede regenerar membrana pulmonar, que sólo podría servir para limitar el daño que produce su ausencia.

b.- Desarrollado lo precedentemente expuesto, ingresaré a analizar puntualmente este primer agravio de la actora, valorando

en esta ocasión, en forma integral (art. 386 del CPCC), la prueba producida en primera instancia conjuntamente con las respuestas del perito a los puntos de pericia propuestos por el Tribunal.

Este informe pericial, en función de la medida dispuesta, se refiere a la situación actual de la actora, luego del tiempo que viene tomando la medicación pretendida como se ordenara en la medida cautelar, ello a fin de tener en consideración la situación al momento de resolver, que entiendo es la principal crítica del recurrente.

A esos fines, como dije, realizaré una valoración conjunta.

En el informe pericial rendido en primera instancia, y con respecto puntualmente al medicamento solicitado marca GLASSIA, el perito fue contundente al afirmar que la eficacia de la administración de sustitutivos de Alfa 1 antitripsina no han demostrado modificaciones en el FEV1, DLCO (que son los elementos que se miden en el laboratorio pulmonar para determinar el daño) e incluso en la calidad de vida.

Agrega, al contestar la impugnación que esta terapia de reemplazo o sustitución exógena de la enzima, no puede regenerar membrana pulmonar.

Sin embargo, del informe pericial producido en esta instancia, en base a los estudios actualizados de la actora luego del tratamiento con el medicamento objeto de autos, al pedirle indique si hubo mejoría en la determinación del FEV1 y DLCO, responde:

“Respecto de los resultados de los estudios realizados, tengo que decir que la TLC...: capacidad pulmonar total, ha disminuido 5,43 litros en 2018 y 4,54 litros en 2022”.

De lo que puedo deducir que la capacidad pulmonar disminuyó menos en el 2022 que en el 2018 (que son las fechas de los estudios con que cuenta).

Por su parte en relación a los resultados del estudio de la DLCO, expresa: “... se observa una elevación de la misma...”,

llegando al 30% en 2022 cuando en 2018 era del 20%. Destaco que en la pericia médica de primera instancia el perito informa lo normal en el 80%. Es decir que debo entender que existió un aumento en la capacidad de los pulmones para transferir el oxígeno a la sangre, que es lo que mide el DLCO.

El perito hace la salvedad de que el estudio puede infravalorar los resultados al incumplir criterios de aceptabilidad, sin embargo, con respecto a esta cuestión al contestar las impugnaciones el perito respondió: "... La TLC queda claro que mejoró en el último estudio respecto del primero. También lo hizo la DLCO, pero en el informe aclaran que el estudio no cuenta con la aceptabilidad necesaria para ser objetivo, por eso se hizo dicha salvedad. Sin embargo, como redacté la DLCO o cantidad de membrana funcional pulmonar es mayor en el último estudio pudiendo traducirse en un incremento de densidad pulmonar...".

El perito también afirma que: "... Se mencionan estos parámetros en primera instancia, dado que representan la membrana de intercambio gaseoso (DLCO) y la cantidad total de aire que el pulmón carga (TLC). En teoría la administración de Alfa 1 antitripsina debería detener la pérdida de la membrana de intercambio gaseoso pulmonar. En este caso impresiona haber aumentado (REGENERADO) un 10% la membrana de intercambio gaseoso, lo cual desconozco sea posible. POR LO TANTO ME RESULTA DIFÍCIL considerar a la maniobra de DLCO como parámetro de referencia...".

Pareciera que el perito se posiciona incrédulo ante el resultado del estudio, pero luego, al contestar la impugnación, como dije, expresamente reconoce que la cantidad de membrana funcional pulmonar es mayor, o sea que hay un incremento de la densidad pulmonar.

Por otro lado, considero que ha leído e interpretado los estudios de laboratorio efectuados y que cuentan con sustento científico. También tengo en cuenta que, de los antecedentes de autos resulta que la enfermedad aparenta ser muy poco frecuente,

que el número de pacientes es muy bajo, lo cual considero que es lo que determina que no existan suficientes estudios científicos de relevancia, a causa de ese escaso número de pacientes justamente, en tanto los estudios suelen ser empíricos e inductivos.

Nótese que en éste caso se efectuó un estudio empírico con respecto concretamente a la situación de la actora.

Por su parte, en el informe pericial rendido en primera instancia, al contestar las impugnaciones el perito indicó, en forma contundente, que el tratamiento con este medicamento no puede regenerar membrana pulmonar y que sólo puede servir para limitar el daño, afirmación que aparenta ser refutada por este estudio científico, como el mismo perito lo expone en su informe.

Valoro en todo caso que, ante la escasez de estudios científicos generales que puedan brindar una conclusión, así como no se pudo afirmar en forma categórica que el medicamento tenga efectos benéficos, de igual manera tampoco se podría entonces afirmar que no los tiene.

En definitiva, lo determinante, son los resultados en este caso concreto, que se determinan en forma empírica.

Con respecto al FEV1, en su informe expresa que no hubo mejora, sin embargo, el contestar la impugnación responde: "...El FEV1 describí lo que debería caer anualmente este parámetro y lo que cayó en el caso particular de la paciente. Puede interpretarse como que no está peor. Cayó casi en la medida que lo hace una persona sana...".

Interpreto entonces que, al menos, se detuvo el posible agravamiento, no está peor, y además pareciera que se comporta como una persona sana, lo cual no es menor.

Con relación a si se evidenció un mejoramiento de la calidad de vida o de sobrevida, el perito indica que no lo puede afirmar, que no hay evidencias de cuál será la evolución en definitiva, conforme también surge del prospecto del medicamento.

Agrega que no existen ensayos clínicos suficientemente grandes como para poder responder esa pregunta.

Reafirma en sus conclusiones al contestar la impugnación, que en algunas enfermedades como la que cursa la paciente, e incluso oncológicas, no hay suficiente información para poder afirmar con total seguridad los beneficios/no beneficios de una medicación que, por otro lado, resulta ser la única.

Indica que influyen en el resultado los efectos generados sobre la paciente, la fe y confianza en el profesional tratante y en el tratamiento. Agrega que dirimir la cuestión de si corresponde o no en términos exclusivamente de recursos también resulta injusto.

Afirma haber tenido oportunidad de tratar pacientes con la droga que requiere la actora y que, independientemente de lo que está escrito "los resultados fueron los esperados".

Conforme la valoración conjunta de la prueba rendida que he efectuado, considero que se ha demostrado que el medicamento solicitado por la actora y que ya lleva unos años de tratamiento, resulta, al menos en alguna medida, beneficioso para su salud, en tanto surge que ha logrado revertir, limitar o detener el daño que produce su enfermedad.

En este aspecto de la cuestión, recuerdo que se afirma que peritos y jueces tienen que desempeñar papeles diferentes y bien definidos: uno esencialmente técnico y limitado; el otro, superlativamente variado, porque el juez tiene un dominio propio, el de la aplicación del Derecho y está profesionalmente preparado para ello. Mas se ve constantemente requerido para juzgar cuestiones de simple hecho, que no siempre resultan fáciles y para las cuales puede carecer por completo de preparación; queda abandonado entonces a sus conocimientos generales, a su experiencia de la vida, a su conciencia y, dentro de lo posible, a su buen sentido común (cfr. Gorphe, François "De la apreciación de las pruebas", traducción de Alcalá Zamora y Castillo, pág. 110).



Igualmente: "... aunque el juez es soberano al sentenciar, en la apreciación de los hechos dentro de los que se encuentra el dictamen, debe sin embargo, aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones del perito, razones muy fundadas para desvirtuarlo, pues su conocimiento es ajeno al del hombre de derecho..." (cfr. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", Tomo 2, pág. 524).-

En tal sentido la doctrina ha dicho que el juez debe demostrar que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil", pág. 289 y jurisprudencia citada en notas 31 y 32).-

c.- En estos términos y luego de todo el desarrollo precedente, he de ingresar a analizar la admisibilidad de la acción intentada, teniendo en consideración las particularidades y complejidad del presente caso, así como también la gravísima afectación del derecho a la salud y a la vida de la actora.

Conforme resulta de la R.I. dictada por esta Alzada el 28 de junio de 2021 (fs. 357/365vta.), los derechos involucrados en este caso son, por un lado la salud y la vida de la afiliada, y por el otro, el derecho patrimonial y de auditoría de la obra social.

No ha sido controvertido por la demandada que la actora es afiliada a la obra social, como tampoco la patología que presenta: EPOC SEVERO-EFICEMA PANACINAR por DEFICIT DE ALFA 1 ANTITRIPSINA, así como también, que la actora cuenta con certificado de discapacidad.

Tampoco se ha cuestionado que el medicamento peticionado se encuentra autorizado por la ANMAT, y que la actora reúne los requisitos para su inclusión.

Surge de autos también que el déficit de alfa-1-antitripsina que padece la actora, es una enfermedad congénita

potencialmente mortal, y que puede causar EPOC, siendo asimismo una enfermedad poco frecuente.

En este sentido, cabe recordar que la vida, es un derecho humano fundamental, debiendo tomar conciencia de su prioridad. Aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Nacional, si lo está en la CADH (art. 4, derecho a la vida). Asimismo, y por obvio que resulte, la vida, como derecho humano es necesaria (aunque no suficiente) para el ejercicio del resto de los derechos humanos tutelados constitucionalmente.

Continuando con el análisis, destaco que la tesis central de la demandada en la que funda en forma principal, a mi entender, su negativa a proveer el tratamiento, es la falta de evidencia científica certera acerca de los efectos de la terapia, ya que afirma no se han demostrado mejorías que superen los tratamientos convencionales, y que no existen ensayos clínicos que indiquen la efectividad no sólo de la marca peticionada, sino de las demás, en referencia directa a la terapia de reemplazo.

Concretamente el sentenciante en su decisión señala que al producir el informe previsto en el art. 11 de la ley 1981, la demandada reitera lo sustancial de los términos de la evaluación de su comité técnico, en el que fundó el rechazo del pedido de la afiliada: "... que no dispone de evidencia científica certera acerca de los efectos a largo plazo de la terapia propuesta y que "no se ha demostrado mejoría en desenlaces duros o clínicamente significativos que superen a los del tratamiento convencional...". (conf. fs. 401vta.).

Esta tesis se ha refutado en el caso concreto de la actora, y, al menos en forma empírica, se ha demostrado un efecto beneficioso dentro de lo que se puede esperar ante tan grave e infrecuente enfermedad.

Obra agregado en autos un informe técnico del ISSN de fecha octubre de 2018 (fs. 15/16), el que dictamina aproximadamente en esos términos. Del mismo surge también que el padecimiento específico de la actora (aunque aparentemente tratada

por EPOC), es de **deficiencia grave de alfa 1 antitripsina**, diagnóstico que, por ende, estaba en conocimiento de la demandada (fs. 15) y que es esta una enfermedad congénita poco frecuente.

Por su parte, ya al mes de mayo de 2019, la actora contaba con el informe del médico tratante que contradecía el informe técnico de la demandada (fs. 26/27), en el cual se daba cuenta de la existencia de esta medicación, debidamente autorizada por la ANMAT, citando los estudios que demostrarían los efectos beneficiosos de esta terapia de reemplazo (informe reiterado en el mes de agosto de 2019, fs. 31/32vta). A fs. 148/150 se acompaña otro informe del médico tratante aproximadamente en los mismos términos aunque de fecha 26/2/21.

Finalmente, a fs. 179/181vta. se acompaña informe técnico del ISSN demandado de fecha 28 de abril de 2021 en el cual avala el rechazo de la medicación solicitada. Se destaca allí que no es posible tener la seguridad de que el tratamiento funciona ya que no hay suficiente evidencia científica.

Como dije, en este caso concreto, dicha conclusión se ha visto refutada por la prueba producida en relación al menos a las consecuencias que ha tenido el tratamiento en la actora, que es en definitiva lo que entiendo debo ponderar y no introducirme en consideraciones científicas genéricas.

En la pericia médica se afirmó que la administración de estos sustitutivos de Alfa 1 antitripsina no demostraron modificaciones en el FEV1 y en el DLCO, lo cual fue desvirtuado al realizarse la pericia en la actora luego de algunos años de la administración del medicamento a través de la medida cautelar.

Por su parte, considero que ello, indefectiblemente, ha de repercutir en la calidad de vida de la actora, más allá de las respuestas en este aspecto del perito, ya que en la pericia realizada en primer instancia indica que la disminución en la membrana de intercambio gaseoso implica limitaciones en el aporte de oxígeno y en consecuencia limitaciones en la movilidad y en la calidad del descanso. Por lo tanto, cualquier mejoría en este

aspecto redundará, como dije, en la calidad de vida de la actora, conclusión que es de sentido común.

Tampoco se han demostrado, en este caso concreto, luego de actualizar la pericia médica, algún efecto colateral indeseable o que se haya producido daño estructural pulmonar.

Destaco que si bien la demandada alega que existen otros tratamientos a disposición de la actora, los ofrecidos por la demandada son tratamientos de sostén, no de reemplazo o sustitución. No resulta de autos que la demandada haya ofrecido a la actora (más allá de la marca peticionada), un tratamiento de reemplazo o sustitución de su déficit de alfa 1 antitripsina, por el contrario, en general ofrece brindar tratamientos convencionales para un diagnóstico de EPOC, cuando en realidad entiendo que el EPOC es la consecuencia de la enfermedad congénita o deficiencia de la actora.

Esta situación parece también surgir de la sentencia, ya que en la misma se consigna que la actora "padece de EPOC severo con disnea" (fs. 403vta. último párrafo), lo cual no es estrictamente correcto.

En consecuencia, teniendo en consideración que la actora ha peticionado un medicamento autorizado por la ANMAT, que es una alternativa de tratamiento conforme lo reconoce el perito médico en sus conclusiones a la pericia (conf. fs. 406vta./407 y 407vta.), que ha sido expresamente prescripto por su médico tratante y ampliamente justificado y, finalmente, que se han refutado, en el caso concreto, las razones que enarboló la demandada para negar la cobertura de esta medicación, es que entiendo que cabe hacer lugar al agravio de la actora y revocar la sentencia apelada en este aspecto.

Señalo, como también lo pone de resalto el sentenciante, que realizo este análisis con un criterio amplio dado el carácter de sujeto especialmente tutelado constitucionalmente por su condición de vulnerabilidad en tanto persona con discapacidad (art. 75 inc. 23 de la CN; Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad) y también en el marco de la protección constitucional a consumidores y usuarios en orden a lo dispuesto por el art. 42 de la CN, marco normativo fijado en la sentencia que se revisa y que no ha sido motivo de cuestionamiento en esta instancia.

Tengo en consideración también que, en este marco constitucional es de aplicación al caso la ley 26.689 que promueve el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes y 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"; asimismo, en su art. 6 establece: "Las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661..., así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación...".

Destaco que la Res. 641/2021 del Ministerio de Salud, contempla en su listado la deficiencia que presenta la actora.

Por su parte, la Provincia de Neuquén ha adherido a esta normativa nacional conforme ley 3122 del 7 de junio de 2018.

En este orden de ideas cabe citar jurisprudencia sentada en casos similares: "Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la empresa de medicina prepaga demandada contra la sentencia que le ordenó cubrir de forma efectiva e integral el tratamiento prescripto para la enfermedad que padece, esto es: hepatitis autoinmune, mediante tres medicamentos ordenados por su médica tratante. Ello así, dado 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. De allí que la situación de la actora se encuentre

resguardada por la Ley 26689, que tiene por objeto promover el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (EPOF) y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias, estableciendo como obligadas a ello, entre otros entes, a las empresas de medicina prepaga como la demandada. En el caso, la actora de por vida debe tratarse con los medicamentos ordenados por su médica tratante, caso contrario le acarrearía efectos nocivos para su salud. A ello se agrega el costo de la medicación y el magro ingreso de la amparista para hacer frente a este, y el hecho de que la demandada no acreditó el supuesto impacto negativo que lo ordenado tendría en su situación económica, resulta ajustado a derecho que la empresa de medicina prepaga cubra en forma total el costo de la medicación solicitada.” (D. L., A. M. vs. Obra Social de Ejecutivos y Personal de Dirección de Empresas (OSDE) s. Amparo Ley 16986 /// Cám. Fed. Apel. Sala Única (Acordada 39/2012 bis), Bahía Blanca; 24/10/2019; Rubinzal Online; 5941/2019; RC J 12681/19).

Asimismo: “La empresa de medicina prepaga demandada no tuvo en cuenta que a través de la ley 26.689 se promovió la creación del Programa “Enfermedades poco frecuentes” y que entre los objetivos de dicho programa se encuentra la promoción del acceso al cuidado integral de la salud de las personas con una Enfermedad Poco Frecuente, y procura mejorar la accesibilidad al diagnóstico, asesoramiento y tratamiento de las personas que presentan una anomalía congénita y/o enfermedad poco frecuente, en el marco de la equidad, entendiendo a la salud integral como un derecho inherente a las persona”. (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II • 29/09/2021 • M., S. E. c. APRES SA - Cobertura Médica s/ Amparo Ley 16.986 •La Ley Online • TR LALEY AR/JUR/175236/2021).

“La enfermedad que padece la amparista se encuentra incluida en el listado que elabora la Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes y por ello, es aplicable al caso bajo lo dispuesto por la ley 26.689 que establece promover el acceso al

cuidado de la salud de las personas con EPF y promover el desarrollo y la producción de medicamentos y productos médicos destinados a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación de las personas con EPF". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I • F., E. c. OSDE s/ amparo de salud • 15/02/2022 • La Ley Online • AR/JUR/7747/2022).

"La patología en cuestión forma parte de las enfermedades poco frecuentes (EPF) y que en relación a éstas la Ley 26689 de Promoción del Cuidado Integral de la Salud de los Personas con Enfermedades Poco Frecuentes, establece en su art. 6, que las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661 así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar cobertura asistencial, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación. A su vez, la provincia de Río Negro adhirió a dicha normativa a través de la Ley 5066". (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro • C., A. M. c. OSUTHGRA s/ amparo • 09/10/2020 • La Ley Online • AR/JUR/81734/2020).

Finalmente, la SCBA también ha tenido oportunidad de expedirse en un caso de enfermedad poco frecuente: "La empresa de medicina prepaga debe cubrir el 100% del costo de la medicación necesaria para tratar la enfermedad congénita del amparista –lelangectasia hemorrágica hereditaria– aun cuando esto no se haya indicado expresamente en la ley, en atención al alto impacto de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, interpretados de modo coherente con todo el ordenamiento, que no permiten otra salida legal que hacer extensiva esa cobertura en su totalidad". (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 19/02/2015 • A., A. A. c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica s/ amparo • LLBA 2015 (julio), 644 ED 266, 190 • TR LALEY AR/JUR/363/2015).

Conforme todo lo expuesto, siendo que la demandada ha invocado razones que se han visto refutadas por la pericia rendida, así como también que conocía el carácter de poco frecuente de la enfermedad de la actora, circunstancia que resulta incluso del primer informe técnico de los médicos de la propia demandada en octubre de 2018, sin perjuicio de lo cual sólo continuó brindando tratamientos de sostén y no de reemplazo, considero que ha procedido en las presentes con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta lo cual hace procedente la presente acción de amparo (art. 43 de la CN, art. 1 de la ley 1981).

También tengo en cuenta, como más adelante detallaré, que la marca prescripta fue debidamente justificada por el médico tratante.

A mayor abundamiento, y para un caso como el presente, he de citar un fallo reciente de la CSJN en orden a la admisibilidad de la vía del amparo como acción expedita y rápida y en defensa de una tutela judicial efectiva: "... Las circunstancias del caso y la naturaleza de los derechos debatidos hacen que la reapertura del debate a través de los carriles ordinarios no satisfaga la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 18, Constitución Nacional y arto 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos)... Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 330:4647, "María Flavia Judith" y sus citas)... En efecto, la acción tiene por objeto asegurar el goce de los derechos a la vida y al disfrute del más alto nivel posible de la salud, que se encuentran ampliamente reconocidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 75, mc. 22, Constitución Nacional; art. 4, 3 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). La Corte Suprema ha dicho en



reiteradas oportunidades que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (Fallos: 330:4647, "María Flavia Judith"; 332:1200, "P., S.K"; 336:2333, "L., S.R."; entre otros). A ello cabe agregar que la peticionaria pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por ley 27.360 (arts. 3, incs. f, g, k, l y n; 4, inc. c, 6, 19 y 31). En particular, el artículo 19 dispone que "La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor". Además, ese tribunal expuso que la relevancia y la delicadeza de los derechos en juego deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también de los vinculados con la "protección judicial" prevista en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo no deben resultar "ilusorios o inefectivos" (Fallos: 331:2119, "Comunidad Indígena Eben Ezer"; Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 134, sus citas, entre otros).... En estas circunstancias, entiendo que el tribunal apelado interpretó y aplicó los requisitos del amparo regulado por la ley local, soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 43, Constitución Nacional y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos), más aun considerando que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exige una mayor amplitud de debate o de prueba...". (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyos en autos:

“G. P., E. N. c/ IOSPER s/ acción de amparo”, sentencia de fecha 25 de octubre de 2022).

d.- Finalmente, con respecto a la marca GLASSIA peticionada, el sentenciante, luego de valorar la pericia médica rendida de conformidad con la sana crítica (art. 386 del CPCC), concluye que la justificación de la prescripción por marca que efectuara el médico tratante de la actora no se apoya en razones suficientes, por lo cual la conducta de la demandada no vulneró lo establecido en el art. 2 del Anexo I del Decreto N° 987/03, reglamentario de la ley 25.649.

El perito en esta instancia afirma que, en comparación con otras marcas del mismo medicamento, la forma de administración de la marca elegida puede ser más cómoda, y al contestar las impugnaciones afirma que el producto puede tener menor cantidad de sodio.

Con respecto a la justificación por marca, el art. 2 del Dec. 987/03 reglamentario de la ley 25649 dispone: “... En el supuesto en que el médico u odontólogo considere indispensable prescribir por marca, por razón fundada, podrá realizarlo, debiendo consignar primero el nombre genérico del medicamento y agregar, de su puño y letra, a continuación de la firma correspondiente a la prescripción por la marca, la justificación que avale tal decisión bajo el título "justificación de la prescripción por marca", firmando nuevamente y aclarando con el correspondiente sello...”.

En el presente caso, el médico tratante de la actora ha procedido a justificar médicamente la prescripción de la marca GLASSIA solicitada en los términos de la norma, conforme surge de fs. 31, y considero que no me encuentro en condiciones de valorar la suficiencia o insuficiencia de esa justificación la que responde a criterios médicos.

En definitiva, se expone la razón de la justificación por marca y se cumple con la formalidad legal, por lo tanto, entiendo cumplimentado el requisito exigido por la normativa.



Efectivamente, a fs. 31 obra certificado médico del Dr. ..., médico tratante de la actora, quien expone la "justificación" con fundamento en los excelentes resultados conforme práctica y experiencia médica y su no riesgo de contaminación, a diferencia de otras marcas, por su no necesidad de recomposición.

Segundo agravio. Costas.

Atento la forma en que propongo se resuelva el recurso traído, corresponde hacer lugar a este segundo agravio, imponiendo las costas de primera instancia a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

V.- Las costas de esta instancia igualmente he de imponerlas a la demandada en su condición de vencida, no encontrando mérito para apartarme del principio general (art. 68 del CPCC).

La regulación de honorarios cabe diferirla para el momento procesal oportuno (art. 15 de la LA).

VI.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo: **a)** Hacer lugar al recurso interpuesto por la actora revocando la decisión que se revisa y, en consecuencia, condenar al ISSN a que provea a la actora el medicamento "inhibidor de Alfa 1 Proteinasa (humano) 2% solución para perfusión I.V. marca GLASSIA 16 frascos x 1 gramo", en la cantidad y por el tiempo que sus médicos tratantes lo prescriban; **b)** Disponer el levantamiento de la medida cautelar oportunamente dispuesta; **c)** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del CPCC); **d)** Diferir la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 de la LA).

Mi voto.

A su turno, el **Dr. Pablo G. Furlotti**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.



Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso interpuesto por la actora revocando la decisión que se revisa y, en consecuencia, condenar al ISSN a que provea a la actora el medicamento "inhibidor de Alfa 1 Proteinasa (humano) 2% solución para perfusión I.V. marca GLASSIA 16 frascos x 1 gramo", en la cantidad y por el tiempo que sus médicos tratantes lo prescriban.

II.- Disponer el levantamiento de la medida cautelar oportunamente dispuesta.

III.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida, difiriéndose la regulación de honorarios de ésta instancia para el momento procesal oportuno.

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Fiscalía de Estado y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso
Jueza de Cámara

Dr. Pablo G. Furlotti
Juez de Cámara

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara

Se deja constancia de que el Acuerdo que antecede fue firmado digitalmente por el Sr. Vocal, Dr. Pablo G. Furlotti, y la Sra. Vocal, Dra. Alejandra Barroso, y por el suscripto, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 485, y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Secretaría, 27 de Octubre del año 2022.-

**Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara**