

Amparo de salud. Esclerosis múltiple. Cobertura integral. Suministro de medicamentos



El fallo se refiere a una acción de amparo interpuesta por el representante de un paciente diagnosticado con esclerosis múltiple remitente recurrente contra la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (OSMATA). El objetivo de la acción de amparo era que se condene a la obra social a otorgar cobertura total e integral (100%) de prestaciones, gastos y atenciones necesarias en los términos de las leyes N° 24.901, 23.660 y 22.431. El fallo destaca que la obra social no puede negar la cobertura de los medicamentos necesarios para el tratamiento de la enfermedad y que la falta de cobertura puede poner en riesgo la salud del paciente. El fallo confirma la sentencia de primera instancia y ordena a la obra social a otorgar la cobertura integral del tratamiento del paciente. El fallo destaca la importancia de la protección del derecho a la salud y la obligación de las obras sociales de brindar una cobertura integral a sus afiliados.

Fallo completo:

F. V., F. D. c/OSMATA s/prestaciones médicas - Cám. Fed. Mendoza - B - 03/08/2023

En Mendoza, a los tres dí-as del mes de agosto de dos mil veintitrés, reunidos en acuerdo quienes fueran miembros de la Sala "B» de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Dr. Manuel Alberto Pizarro, Dr. Gustavo Enrique Castiñeira de Dios, Dra. Gretel Diamante y procedieron a resolver en definitiva estos autos N° FMZ 10743/2020/CA2, caratulados: "F. V., F. D. c/ OSMATA s/ Prestaciones médicas», venidos del Juzgado Federal de Mendoza N° 2 para resolver el recurso de apelación deducido en subsidio por el actor en fecha 7/12/22, contra la sentencia del 6/12/22, por la que se resolvió, en su parte pertinente: "1°) HACER LUGAR a la demanda incoada por el Sr. F. D. F. V., en contra de la OBRA SOCIAL DEL SINDICATO DE MECANICOS Y AFINES DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR (OSMATA) y, en consecuencia, condenar a ésta última a otorgar la cobertura total e integral (100%) de la droga NATALIZUMAB en la dosis y modalidad prescripta por sus médicos tratantes».

El Tribunal se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la resolución apelada?

De conformidad con lo establecido por los arts. 268 y 271 C.P.C. y Comercial de la Nación y arts. 4 y 15 del Reglamento de esta Cámara, se procedió a establecer por sorteo el siguiente orden de estudio y votación: Vocalí-as N° 3, 1 y 2.

Sobre la única cuestión propuesta, la señora jueza, Dra. Gretel Diamante, dijo:

1) La presente causa se inicia con la acción de amparo interpuesta por el representante del Sr. F. D.F. V. en contra de la Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (OSMATA), con el fin de que se la condene a otorgar cobertura total e integral (100%) de prestaciones, gastos y atenciones necesarias en los términos de las leyes N° 24.901, 23.660 y 22.431, en virtud de haber sido diagnosticado con "Esclerosis Múltiple Remitente Recurrente».

Que en un primer momento, se acompañó certificado médico donde se justificaba la necesidad de la medicación

"DIMETILFUMARATO y VITAMINA D3», la que luego fue sustituida por una más fuerte denominada "NATALIZUMAB».

Dicha medicación, en la cobertura del 100%, fue ordenada mediante medida cautelar.

Transcurrido el proceso, declarándose rebelde a la accionada, se dicta sentencia en los términos ya expuestos. El a quo reconoce el derecho a la cobertura integral de la medicación dispuesta, más rechaza en el resto el objeto de amparo, en el entendimiento de que la solicitud es muy amplia y no se advierte dentro de las presentes actuaciones constancia del rechazo de la obra social de alguna otra prestación requerida por el actor, por lo que la sentencia no puede condenar con el alcance ilimitado solicitado.

2) Contra dicho pronunciamiento se alza el accionante, mediante recurso de aclaratoria con apelación en subsidio (7/12/22).

Considera que el alcance de la condena es parcial e incompleta, toda vez que en el objeto del escrito de demanda decía: "...con la finalidad de que proceda a otorgar cobertura y prestaciones integrales a mi mandante, quien ha sido diagnosticado con "ESCLEROSIS MULTIPLE REMITENTE RECURRENTE», debiendo la prestadora otorgar cobertura plena e integral, debiendo abonar en forma total los gastos y atenciones necesarias, todo esto en los términos de las leyes N° 24.901, N° 23.660 y N° 22.431...».

Destaca que el pedido objeto de autos no se limitó a la provisión de la droga NATALIZUMAB, sino que es comprensivo de todas las prestaciones correspondientes a los efectos de mantener la integridad física y salud de su mandante. Que la provisión de aquella fue objeto de la medida cautelar y, por lo tanto, una parte del objeto de la demanda.

Que de la audiencia testimonial de fecha 14/02/22 obrante a fs. 74 surge que "...en la actualidad el paciente F. requiere un nuevo cambio de medicación de NATALIZUMAB a CLADIBRINA...», por lo que de mantenerse la redacción actual de la sentencia observada, esta se volvería ABSTRACTA de forma automática, no amparando los derechos y necesidades del actor, obligándolo a iniciar un nuevo proceso de amparo con cada nueva droga que le sea diagnosticada por sus médicos tratantes.

Pide se proceda a corregir el resolutivo cuestionado en el sentido indicado y, en consecuencia, se ordene a la demandada a otorgar cobertura y prestaciones integrales al Sr. F. V., siendo comprensivas de prestaciones médicas, medicaciones y servicios de sanatorios y/o clínicas, etc.

3) En fecha 13/12/22 el juez de grado resuelve rechazar la aclaratoria y conceder la apelación deducida en subsidio.

Para ello, alega que no ha existido error, oscuridad u omisión alguna en el pronunciamiento, en tanto la expresa referencia a la inexistencia de constancia del rechazo de la obra social de alguna otra prestación requerida por el actor, alcanza la del medicamento referido por el galeno en su declaración (CLADIBRINA). Dicho en otras palabras, dice que no se encuentra acreditado en la causa que OSMATA haya negado la cobertura de ese medicamento u alguna otra pedida por el actor en el transcurso de la causa y hasta el dictado de la sentencia. Que además, la aclaratoria solicitada en estos términos, implicaría modificar en lo sustancial el pronunciamiento, deviniendo entonces improcedente.

4) El día 21/12/22 el actor expresa agravios.

Expone que, si bien el objeto principal de la demanda es coincidente "en parte» con la pretensión de la medida cautelar, el solo análisis de estos deja advertir que el primero es más amplio que el segundo, y que el primero tiene por objeto garantizar la prestación debida por la demandada con vistas al futuro del Sr. Framarini Valdes, al menos, mientras éste sea beneficiario de OSMATA.

Explica que esta resolución así dictada se ve afectada por nacer muerta, ya que el Sr. F. V. al día de hoy no hace uso de la droga NATALIZUMAB toda vez que fue discontinuada en su tratamiento por orden de los médicos tratantes, habiendo ordenado en este tiempo su reemplazo con CLADIBRINA.

Agrega que no solo se ha producido una modificación en la droga suministrada desde que estos autos se iniciaron, sino que dada la edad del actor y la naturaleza de la enfermedad que padece, las drogas serán modificadas según la evolución y los efectos en la salud de Fernando.

En segundo lugar, dice que el a quo entiende que la falta de oposición u objeción por parte de la demandada es fundamento suficiente para creer que ésta habrá de cumplir con la prestación ordenada, dejando la salud del Sr. F. V. a la suerte o buena voluntad de una demandada.

Entiende de lo manifestado por el juez que la prestación de NATALIZUMAB es comprensiva de toda otra droga que los médicos tratantes puedan ordenar, cuando la lectura de la sentencia recaída no deja ningún resguardo en ese sentido, permitiendo que una interpretación literal de la misma funde la falta de suministro de la medicación que oportunamente se disponga.

Alega que la sentencia parece no advertir la gravedad y naturaleza de la enfermedad que sufre el actor, la que puede necesitar una nueva medicación en un plazo de tiempo muy breve, de la misma manera que un breve plazo de tiempo sin suministro puede afectar de forma irreversible la salud e integridad física de Fernando.

Finalmente, expresa que en el precedente de la Alzada invocado, "FERNÁNDEZ, Lorena Eliana», se resolvió sobre la amplitud de la pretensión de una medida cautelar, por lo que difícilmente sea equiparable a la situación de autos, donde estamos discutiendo la amplitud de una sentencia.

Por último invoca omisión de valoración de prueba (principalmente, la testimonial del Dr. Graña, obrante a fs. 74) y la violación al

principio de congruencia.

5) Corrido el traslado de rigor, la accionada no contesta por lo que se tiene por decaído el derecho y se ordena el pase al acuerdo.

6) Ingresando al análisis de la apelación vertida, considero que debe rechazarse la pretensión del recurrente, por las argumentaciones que a continuación expondré.

De las constancias de la causa advierto que efectivamente el actor describió el objeto del amparo en términos demasiados amplios, a saber: "...que proceda a otorgar cobertura y prestaciones integrales a mi mandante, quien ha sido diagnosticado con **ESCLEROSIS MULTIPLE REMITENTE RECURRENTE**", debiendo la prestadora otorgar cobertura plena e integral, debiendo abonar en forma total los gastos y atenciones necesarias, todo esto en los términos de las Leyes N° 24.901, N° 23.660 y N° 22.431».

En el relato de los hechos, en correspondencia con la prueba aportada, se describió y acreditó la necesidad de la siguiente droga: "DIMETILFUMARATO" y "VITAMINA D3». Que OSMAT, ante el emplazamiento a su cobertura mediante CD, habrí-a guardado silencio. Mas luego de presentado el certificado de discapacidad, respondió que "...estaba analizando otorgar prestación al 50%...", lo que motivó el presente amparo. Todo lo que así- ha quedado firme.

No obstante, el accionante denunció como hecho nuevo que en virtud de las lesiones sufridas como consecuencia de la falta de prestación por parte de OSMATA de la cobertura solicitada y la entrega a tiempo de la medicación, la médica neuróloga Carina Fernández, habrí-a reemplazado el Dimetilfumarato por una droga más fuerte denominada "NATALIZUMAB». La medida cautelar fue dictada en este sentido.

Al abrirse la causa a prueba, se recibió la declaración testimonial del Dr. Marcos E. Graña, neurólogo, quien explicó que actualmente el paciente prescinde de la droga Natalizumab, por haber cumplido con el tiempo máximo de tratamiento, debiéndose cambiar a **Cladibrina**.

Acto seguido se cerró la causa a prueba y se dictó sentencia.

7) Que de lo expuesto he de considerar que resulta adecuado lo resuelto por el magistrado en torno a que no se encuentran prescriptos los tratamientos y prestaciones pretendidas por la recurrente en el objeto demandado como para alegar violación al principio de congruencia; así- como tampoco existe acto lesivo alguno que amerite su tratamiento en la actualidad, requisito sine qua non de procedencia del amparo. Traigo a colación el precedente citado por el magistrado al que erróneamente la apelante describió de inaplicable por haber resuelto una medida cautelar. Nótese que el pronunciamiento resolvió en definitiva la cuestión (v. autos N° FMZ 32768/2018, caratulados: "FERNÁNDEZ, LORENA E.", sentencia del 8/02/21).

En tal sentido, allí- se precisó que el amparo brinda respuesta procesal frente a un acto, hecho u omisión de la demandada que en forma actual o inminente lesione, amenace o restrinja un derecho, de lo que se desprende que el amparo procede sólo en el caso de haberse sucedido la lesión constitucional al derecho, quedando fuera del análisis de la cobertura de la acción los daños futuros, hipotéticos y conjeturales (en igual sentido CFCba., Sala B, "Incidente en autos **N.P., S. c/ SWISS MEDICAL SA s/ Enfermedades Poco Frecuentes (EPF)**", de fecha 26/11/19).

El perjuicio que atiende el amparo debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible (Lanzarini, El juicio de Amparo, p. 243 y sgtes. Citado por SAGÍÉS, NÉSTOR P. (2009), Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo, 5° ed. Actualizada y ampliada, 1° reimp., Ciudad de Buenos Aires: Astrea, p.102).

Deben ser actos actuales o inminentes.

En principio, el "puro futuro» no interesa en el ámbito del amparo. La Corte Suprema así- lo indicó en el precedente "Cí-a. de Seguros India c/ Caja de Previsión para Bancarios» (Fallos 248:443 y 317:669), sosteniendo que si la acción versa sobre hechos del provenir, no es admisible (SAGÍÉS, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional, Acción de amparo, 5ta ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Bs. As., 2009, p. 103).

Hay, sin embargo, otro "futuro», cuya conexión con el presente es íntima y sólida. Son hechos próximos a venir, cuya comisión se verificará en un "futuro inminente», como pregona el art. 43 de la carta magna.

La doctrina admite el amparo ante la amenaza de una lesión que sea precisa, concreta e inminente (Martí-nez Paz), grave (Bielsa), cierta, actual e inminente (Lazzarini) o, "cuando el acto arbitrario se ha dictado y no se ejecuta, pero su proyección es tan patente cual si fuera una expresión de intimidación» (Fioririni). En definitiva, se admite como instrumento de tutela inhibitoria para impedir un daño (SAGÍÉS, NÉSTOR P., ob. cit., p. 103, cita a Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, "Anales», 1960, p. 103; Bielsa, El recurso de amparo, p. 87 y 243; Lazzarini, El juicio de amparo, p. 209; Fiorini, El recurso de amparo, ED, 93950).

Interesa subrayar que la alegación y demostración del peligro inminente de daño corre a cargo del promotor del amparo. La Corte Suprema ha señalado que la acción de amparo constituye una vía excepcional que, cuando se alega la inminencia de un daño, sólo

procede si dicha inminencia es tal que autorice a considerar ilusoria una reparación ulterior, circunstancia que, como es obvio, debe acreditar fehacientemente quien demanda. Por ello, es rechazable el amparo donde el actor no probó la inmediatez del daño a configurarse por el acto lesivo (Fallos: 306:506).

En dicho sentido, el amparo tiende a proteger no sólo el agravio presente, sino también prevenir toda lesión que resulte de indudable cometido; pero en este caso debe existir, más que una mera probabilidad, una verdadera certeza fundada de agravio (idéntico criterio adoptó esta Sala en autos N° FMZ 11623/2017/CA1, caratulados: "UNION VECINAL CHIMBAS NORTE c/ DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD s/ AMPARO LEY 16986», de fecha 30/09/19).

Ello sucederá en el caso, si el amparista hubiere logrado demostrar que ante el cambio de medicación, de Natalizumab por Cladibrina, y la respectiva solicitud de cobertura ante OSMATA, ésta se hubiere mantenido en su negativa (ya sea expresa o tácita en el silencio).

No obstante, esta situación actual que se alega como motivante de la modificación de sentencia de grado, no se ha presentado como hecho nuevo sino que surgirá meramente de una declaración testimonial; no se ha justificado el cambio medicamente; no se han acompañado estudios o demás documentación que lo avale; así como tampoco la pertinente solicitud a OSMATA para su cobertura integral con la consiguiente negativa (en igual sentido ver Fallos 329:553).

Nada de ello ha sucedido en el presente proceso, por lo que no estaríamos frente a la concreción ni de un daño actual ni de un daño inminente (con la certeza que antes se analizó), como para ampliar en este sentido el objeto. O bien, tenerlo abierto para futuros cambios de medicación. No es así como funciona la protección a la salud.

Una sentencia judicial no podrá ordenar la cobertura indefinida e ilimitada de prestaciones, medicaciones y gastos no especificados. Por más que pese, y siendo consciente de que estamos frente a una patología progresiva y degenerativa, que con el correr del tiempo puede ir requiriendo una serie de tratamientos y/o medicaciones específicas para combatir las dolencias o bien, para lograr una mejoría en la calidad de vida; la justificación médica y económica requiere de una especial atención a los fines de ser equitativos con el resto de la población de las personas afiliadas.

De hecho, específicamente la droga Cladibrina que surgirá de la declaración testimonial del Dr. Graña fue objeto de un Informe de Evaluación de Tecnologías Sanitarias reciente, por parte de la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC), dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, publicado en abril de 2022. La CONETEC realiza evaluaciones y emite recomendaciones a la autoridad sanitaria sobre la incorporación, forma de uso, financiamiento y políticas de cobertura de las tecnologías sanitarias desde una perspectiva global del sistema de salud argentino.

Allí, luego de un estudio pormenorizado de conveniencia, efectividad de resultados e impacto económico de la droga, se recomendó una cobertura condicional como una opción de tratamiento junto con Alemtuzumab, Natalizumab, Ocrelizumab y Fingolimod, sujeta a la aplicación conjunta de ciertos términos (a todos los cuales remito, por cuanto no han de ser esenciales a los fines del fundamento que aquí expongo).

Con ello quiero realzar la importancia de que, frente a la necesidad de cambio de uno u otro tratamiento médico, resulta indispensable su justificación, la concreción de una serie de indicadores y su consecuente pedido ante el Agente de Salud, a los fines de que la justicia actúe como un verdadero tercero imparcial que haga cumplir las obligaciones legales cuando éstas han sido efectivamente desatendidas.

Si bien se ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, 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 (334:551; 344:329; 343:1752; 342:2063; 340:1269). Todo lo cual se juzga en cada caso concreto, al momento de impartir justicia, frente a la existencia de daño.

8) Todo lo expuesto, me lleva a confirmar lo resuelto por el magistrado de grado, aclarando que de ningún modo la sentencia devendrá abstracta en tanto por medio de la presente quedará definitivamente reconocido el derecho a la cobertura integral de la medicación que oportunamente fue brindada al Sr. Framarini por disposición cautelar.

9) Sin costas atento al resultado propuesto.

Por lo expuesto, voto por la AFIRMATIVA a la única cuestión planteada. Ese es mi voto.

Sobre la única cuestión propuesta, los señores jueces, Dres. Manuel Alberto Pizarro y Gustavo E. Castiñeira de Dios, dijeron: Que adhieren al voto que antecede.

En mérito al resultado que instruye el acuerdo precedente, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto en subsidio para fecha 7/12/22 por el actor y, en consecuencia, CONFIRMAR la resolución del 6/12/22. 2) SIN costas atento la falta de réplica y el resultado propuesto.

Protocolí-cese. Notifi-que. Publi-que.

Firmado por: GUSTAVO CASTINEIRA DE DIOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GRETTEL DIAMANTE, JUEZA DE CAMARA

Firmado por: MANUEL ALBERTO PIZARRO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GISELA LORENA MORICI, SECRETARIA