



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Causa n° 79547/2022

OVIEDO, JUAN CARLOS c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de mayo de 2023. CA

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado por OSDE el 28/11/2022 contra la medida cautelar del 22/11/2022, cuyo traslado fue respondido por el actor el 15/3/2023; y el recurso de apelación interpuesto en subsidio y fundado por OSDE el 7/3/2023 contra la providencia dictada el 28/2/2023, cuyo traslado fue respondido por la contraria el 21/3/2023, y

CONSIDERANDO:

I. El 22/11/2022 la jueza de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora y ordenó a la demandada otorgar la cobertura integral -100%- de la medicación NINTEDANIB 150mg cada 12 horas, debiendo continuar con su entrega en forma sucesiva, de acuerdo a las indicaciones y por el tiempo que establezca el médico tratante.

Contra esa decisión se alzó OSDE. Sostiene que la decisión es arbitraria por cuanto la medicación en cuestión no se halla incorporada al P.M.O. y no cumple con los requisitos de probada eficiencia y evidencia científica. Además, entiende que no se encuentra demostrado que el uso de Nintedanib en pacientes con Fibrosis Pulmonar Idiopática leve o moderada disminuya la mortalidad; y argumenta que la magistrada de grado no tuvo en consideración lo informado por la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud, quien comunicó en sus recomendaciones que los pacientes adultos con fibrosis pulmonar idiopática de leve a moderada poseen pocas alternativas terapéuticas. Insiste en que la calidad, eficacia y seguridad del medicamento no se encuentra verificada. Por otra parte, se queja del carácter innovativo de la medida dictada pues considera que su objeto coincide con la cuestión de fondo. Finalmente, cuestiona el dictamen del Cuerpo Médico Forense y enfatiza que la bibliografía citada se encuentra desactualizada.

La parte actora contestó el traslado de los agravios (v. presentación del 15/3/2023) solicitando la confirmación de la medida dictada.

II. Por otro lado, en la providencia del 28/2/2023 la jueza de grado resolvió desestimar el pedido formulado por OSDE, relativo a que se ordene al actor llevar adelante una espirometría cada tres meses a fin de efectuar un seguimiento y corroborar si el tratamiento ordenado en la medida cautelar arroja resultados (v. presentación del 29/12/2022, punto II).

Contra esa decisión la demandada planteó recurso de reposición con apelación en subsidio. Allí, se queja de que la magistrada de grado no hizo lugar a las medidas para mejor proveer oportunamente requeridas -dirigidas al Ministerio de Salud de la Nación, Cuerpo Médico Forense, CONETEC y al IECS- a fin de confirmar la falta de evidencia científica del tratamiento prescripto. Además, cuestiona el rechazo del pedido de estudios del actor (espirometría) y considera que el Sr. Oviedo no reúne los criterios médicos necesarios para la cobertura del medicamento.

La parte actora contestó el traslado conferido en los términos que surgen de la presentación del 21/3/2023.

III. Inicialmente, es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, en repetidas oportunidades, que los jueces no están obligados a tratar todos los planteos articulados por las partes, sino únicamente los que, a su juicio, resulten decisivos para la resolución de la contienda (conf., Fallos: 276:132; 280:320; 303:2088; 304:819; 305:537 y 307:1121 entre otros). Asimismo, en los términos en que la cuestión se presenta, este Tribunal sólo analizará las argumentaciones que resulten adecuadas con el contexto cautelar en el que fue dictada la resolución recurrida (confr. C.S.J.N., Fallos: 278:271; 291:390, entre otros) y no aquellas que se vinculan con los aspectos sustanciales del proceso, que se resolverán al estudiar el fondo del asunto (conf. esta Sala, causa n° 6566/19 del 17.11.21).

Sobre tales bases, cabe puntualizar que el carácter innovativo de una medida precautoria no es, por sí mismo, un obstáculo para su procedencia,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

como tampoco lo es la coincidencia total o parcial entre su objeto y el de la acción, siempre que se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad, para lo cual corresponde valorar tanto el estado de la parte que la solicita como el resguardo del derecho de defensa de su contraria (Fallos: 320:1633).

Por otra parte, se debe destacar que aún cuando se configure esa coincidencia, lo resuelto por la señora jueza no implica un juicio concreto sobre el cumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo la demandada, sobre la existencia de una conducta ilegal o arbitraria de esa parte o la existencia de un riesgo para la salud de la actora. Tales cuestiones hacen a la sustancia del caso y, por ende, deberán ser objeto de examen al momento de dictarse la sentencia definitiva. Contrastando con ello, nos encontramos aquí ante una decisión provisional –carácter propio de las medidas cautelares– que procura evitar los perjuicios que podría traer aparejada la demora en satisfacer una prestación de salud que, eventualmente, podría acarrear perjuicios de difícil o imposible reparación para la actora. De allí que los agravios formulados al respecto no son atendibles en el estado actual de la causa, sin perjuicio de lo que se pudiera resolver oportunamente.

IV. Sentado lo anterior, a fin de resolver la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal, cabe realizar una breve reseña de las constancias obrantes en las actuaciones.

Surge del escrito de inicio que el Sr. Oviedo tiene 58 años, es afiliado a OSDE y padece fibrosis pulmonar idiopática, razón por la cual su médico neumonólogo tratante le indicó llevar adelante un tratamiento con la medicación NINTEDANIB 150mg, 1 cápsula cada 12 hs (v. órdenes médicas del 24/8/2022 y del 29/9/2022 acompañadas con el escrito inicial).

Es de destacar que, con carácter previo al dictado de la medida recurrida, se confirió vista al Cuerpo Médico Forense, quien en el dictamen agregado el 18/11/2022 informó que la medicación solicitada es *“un inhibidor intracelular de las tirosina quininas, es un tratamiento aprobado para la fibrosis pulmonar idiopática. En pacientes con fibrosis pulmonar idiopática, el*

tratamiento con nintedanib (150 mg dos veces al día) ralentizó la progresión de la enfermedad al reducir la tasa de disminución de la capacidad vital forzada (FVC). En conclusión, los resultados del ensayo SENSCIS mostraron que nintedanib tiene un efecto beneficioso al reducir la tasa de disminución de la FVC en pacientes con EPI asociada con esclerosis sistémica durante un período de 1 año” y concluyó que “De acuerdo a los descripto en la documental medica entendemos que el amparista JUAN CARLOS OVIEDO padece Fibrosis Pulmonar Idiopática (FPI), y que la citada patología se encuentra incluida dentro de las enfermedades consideradas “raras y pocos frecuentes”. En el caso de autos la indicación de tratamiento con Nintedanib, se encuentra sustentada por la bibliografía arriba mencionada, por lo que es nuestra opinión que la prescripción por parte de su médico tratante es correcta, adecuada y procedente” (v. dictamen del 15/11/2022; el resaltado no se encuentra en el original).

V. En cuanto a la falta de verosimilitud del derecho invocado, no debe olvidarse que este requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (conf. Fenochietto-Arazi, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 742; Sala I, causas 7208/98 del 4.11.99, 1830/99 del 2.12.99, 7841/99 del 7.2.00, 424/17 del 27.6.17, 3417/17 del 12.10.17, 12519/18 del 13.8.19, 1783/2020 del 27.8.20, 163/20 del 21.2.21, entre otras).

Así, en el caso bajo análisis, el Tribunal estima que, a partir de los certificados médicos acompañados como prueba documental y del dictamen del Cuerpo Médico Forense, en esta etapa liminar del proceso queda suficientemente justificada la necesidad del Sr. Oviedo de contar con la medicación requerida, tal como fue dispuesto en la resolución cuestionada.

Para ello, no se puede soslayar que a los fines de tener por acreditados los requisitos de la procedencia de la medida cautelar, el Tribunal ha juzgado en reiteradas ocasiones que se debe estar a la recomendación del médico tratante que se encuentra a cargo del paciente y es el profesional, en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

definitiva, en virtud del seguimiento periódico que efectúa, responsable del tratamiento (conf. esta Cámara, Sala I, causas n° 3181/10 del 16/9/10, 7112/09 del 3/8/10, 5265/10 del 16/9/10, entre otras).

Además, es oportuno recordar que corresponde asignar a la prueba pericial significativa importancia y, puesto que la materia excede los conocimientos propios de los jueces, el apartamiento de sus conclusiones requiere razones serias, elementos objetivos que acrediten la existencia de errores de entidad que justifiquen prescindir de sus datos (cfr. Palacio, “Derecho Procesal Civil”, 4ta. Reimpresión, T. IV. Pág. 720). No debe perderse de vista que la prueba pericial médica adquiere un valor significativo cuando ella ha sido confiada al Cuerpo Médico Forense, habida cuenta de que se trata de un verdadero asesoramiento técnico de auxiliares del órgano jurisdiccional, cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas que amparan la actuación de los funcionarios judiciales (cfr. Corte Suprema, Fallos 299:265 y 787; 319:103; Sala I, causa n° 43/20 del 8/10/20 y causa n° 2588/20 del 8/06/21, entre muchas otras).

A juicio del Tribunal, el Informe de Evaluación de Tecnologías Sanitarias N° 24 elaborado por la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC), no es suficiente para desacreditar las opiniones transcritas en el presente considerando. Sin restarle valor científico, aspecto que los jueces, por su limitación de formación no pueden evaluar, lo cierto es que a diferencia del dictamen del Cuerpo Médico Forense y del certificado del galeno que atiende al Sr. OVIEDO, se trata de un informe general, que apunta mayormente a criterios de impacto económico y sobre el sistema de salud que conllevaría el uso de Nintedanib en pacientes con Fibrosis Pulmonar Idiopática (ver capítulo “Contexto y justificación”, última parte, de dicho documento). Por lo demás, respecto al medicamento en cuestión, admite en sus conclusiones que probablemente disminuya el riesgo de mortalidad y reduzca el número de pacientes con una disminución de la capacidad vital forzada de 10%.

VI. En ese razonamiento, también se debe recordar que el Programa Médico Obligatorio (PMO) fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar (Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud). Es que, como sostuvo este Tribunal -en precedentes análogos al presente-, el PMO no constituye una limitación para los agentes de seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (conf. Sala I, doct. causas 630/03 del 15/4/03 y 14/06 del 27/4/06, entre otras), y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (conf. Sala I, causas 8545 del 6/11/01, 630/03,14/06 -citadas- y 220/11 del 8/2/11).

VII. Deben ponderarse -asimismo- las perspectivas establecidas en la Ley N° 26.689, cuyo objeto 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 (art. 1°).

El art. 3° de la referida ley señala los objetivos que debe instar la autoridad de aplicación, entre ellos menciona el de promover el acceso al cuidado de la salud de las personas con EPF, incluyendo las acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación (inc. a) y elaborar un listado de EPF, de acuerdo a la prevalencia de dichas enfermedades en nuestro país, el cual será ratificado o modificado una vez al año (inc. d).

La enfermedad que padece el accionante –fibrosis pulmonar Idiopática- se encuentra incluida en el listado efectuado por la Federación Argentina de Enfermedades Poco Frecuentes (conf. sitio web www.fadepof.org.ar) y, en función de esa patología, su médico tratante le indicó la realización de un tratamiento concreto con la medicación que constituye el objeto de esta litis.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

En tales condiciones, debe mantenerse la orden cautelar de otorgar la cobertura total del medicamento prescripto por el médico neumólogo del actor, todo ello, sin perjuicio de lo que pudiera resultar luego de que se produzca la totalidad de las pruebas y se encuentren las actuaciones en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

VIII. Este Tribunal ha reconocido que el peligro en la demora -en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas- se acredita con la incertidumbre y la preocupación que los distintos padecimientos generan en los amparistas, de modo que la medida precautoria solicitada sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado *prima facie* o presunto (conf. esta Sala, causas 3581/16, 7316/16 y 424/17, todas del 22/6/17, 10928/18 del 13/8/19, 2912/2020 del 30/10/20, 4912/2020 del 4/11/20, 5725/18 del 13.11.20, entre otras; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, “Código Procesal comentado”, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13 y Podetti, “Tratado de las Medidas Cautelares”, pág. 77, n° 19).

IX. En tales condiciones, y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar sólo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que resulta justo confirmar la medida cautelar decretada por la magistrada de la instancia anterior, por ser la solución que, de acuerdo con lo indicado por el médico tratante, mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de la Nación, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; conf. esta Sala, causas 22.354/95 del 2/6/95, 53.078/95 del 18/4/96, 1251/97 del 18/12/97, 436/99 del 8/6/99, 7208/98 del 4/11/99, 53/01 del 15/2/01 y 2038/03 del 10/7/03, entre otras; en igual sentido, C.S. Mendoza, Sala I, del 1/3/93; C.Fed. La Plata, Sala 3, del 8/5/00, ED del 5/9/00).

X. Finalmente, resta abordar el recurso planteado en subsidio el 7/3/2023 contra la providencia de fecha 28/2/2023, la cual deniega el pedido de OSDE de que el Sr. Oviedo lleve adelante estudios cada tres meses a fin de evaluar los efectos de la medicación cuya cobertura se ordenó cautelarmente.

En ese sentido, el Tribunal entiende que la indicación de la medicación Nintedanib fue efectuada por el médico que trata al accionante, quien -como se dijo- es el responsable del tratamiento ordenado y quien, en definitiva, se encuentra a cargo del paciente. Además, como ya se argumentó, no debe perderse de vista que el Cuerpo Médico Forense coincidió en cuanto a que el tratamiento prescripto es correcto, adecuado y procedente (v. dictamen del 15/11/2022).

Fue a partir de dichas circunstancias que se tuvo por acreditada la verosimilitud en el derecho en el caso, requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar. Sin embargo, en atención a la novedad del tratamiento en nuestro medio y a ciertas cuestiones médicas y presupuestarias que se extraen del mencionado informe de la CONETEC –incluso eventuales efectos secundarios adversos para el actor– no parece desatinado que se lleve a cabo un control de espirometría para un seguimiento de los avances que arroja el tratamiento. El mismo se llevará a cabo, a costa de la demandada, dentro de los 3 meses siguientes del presente pronunciamiento y, a partir de allí y hasta la finalización del litigio, cada 6 meses.

Finalmente, en cuanto a la queja vinculada a la falta de producción de las medidas para mejor proveer requeridas, es del caso resaltar que -como se dijo- la providencia atacada solamente rechaza el pedido formulado por OSDE relativo a llevar adelante espirometrías periódicas, más no se expide respecto de los medios probatorios peticionados por la parte.

En este orden de cosas, no se puede perder de vista que a este Tribunal de Alzada se le encuentra vedado pronunciarse sobre cuestiones que, como aquí sucede, no fueron puestas a consideración de la *a quo*. Ello, de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

conformidad con la limitación impuesta a los tribunales de revisión en el art. 277 del CPCCN (esta Sala, causas 8.963/99 del 18/12/01 -y sus citas-, 2.880/93 del 30/9/04 y 10.130/05 del 21/7/06, entre muchas otras).

En consecuencia, corresponde hacer lugar en forma parcial al recurso interpuesto por OSDE el 7/3/2023.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**: **i)** confirmar el pronunciamiento apelado del 22/11/2022, con costas de Alzada a la demandada vencida (cfr. arts. 68 y 69 del CPCCN); y **ii)** modificar la providencia del 28/2/2023 en los términos que surgen del Considerando X, con costas de Alzada en el orden causado, en atención a la novedad del asunto que se plantea y el resultado al que se arriba (cfr. art. 68, segundo párrafo, y art. 69 del CPCCN).

Difiérase la regulación de los honorarios profesionales hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.