



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

–I–

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó la resolución del juez de grado dictada el 28 de diciembre de 2020 y su aclaratoria, del 30 de diciembre de 2020, mediante las cuales había decidido, en lo pertinente, hacer lugar a la acción de amparo instaurada por los señores P.F.A. y R.E.F., en representación de su hijo T.L.F., y, en consecuencia, condenar a la Obra Social Universitaria DASPU y al Estado Nacional a brindar la cobertura al 100% del medicamento Nusinersen/Spinraza, en un 50% a cargo de cada una de las codemandadas, en las dosis y conforme las indicaciones prescriptas por el médico tratante del niño, en virtud de la patología que padece –atrofia muscular espinal (AME), tipo II–. Asimismo, impuso las costas y reguló los honorarios (fs. 475 del incidente FCB 087638/2018/3/4 en formato digital, al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

En primer término, la cámara señaló que la enfermedad que padece T.L.F, como así también la necesidad del medicamento reclamado, no se encuentran controvertidas en esta instancia. Al respectó, indicó que se adjuntaron certificados médicos de los profesional tratantes, donde se detalla que el representado en autos presenta diagnóstico de AME tipo II, y se indica para su tratamiento la medicación requerida –Nusinersen 12 mg/5ml/ Spinraza 12mg/5ml–

Luego, destacó que el caso involucra el tratamiento de un niño que padece una patología progresiva y necesita de un tratamiento farmacológico específico.

Puso de relieve que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Citó instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y precedentes de la Corte Suprema en apoyo de esa afirmación.

Destacó que, tratándose de los derechos de una persona con discapacidad, la ley 24.901 establece un Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas que la padecen, y resaltó que el objeto de la misma contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, a fin de brindar a los destinatarios de ese plexo normativo una cobertura integral de sus necesidades y requerimientos. Hizo especial mención del artículo 15, párrafo segundo, de esa ley.

Por otra parte, ponderó que la atrofia muscular espinal es considerada una enfermedad poco frecuente, incluida en el Anexo I de la resolución 641/2021 del Ministerio de Salud de la Nación, que aprobó el Listado de Enfermedades Poco Frecuentes, por lo que el caso se rige por la ley 26.689 y su decreto reglamentario 794/2015. Trascribió los artículos 1, 3 y 6 de la citada ley. El último de ellos prevé que “Las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, 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”.

Asimismo, recordó que la Corte Suprema tiene dicho que: “la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes N° 23.660, N° 23.661, no determinan que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr el acceso pleno del amparista, en este caso, a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar sobre la materia” (Fallos 327:2127, “Martín”, por remisión al dictamen de la Procuración General y sus citas).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Posteriormente, se pronunció sobre la presentación de DASPU del 19 de octubre de 2021, mediante el cual hizo saber que la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, el 23 de diciembre de 2020, había dictado la resolución 729/2020, a través de la cual dejó sin efecto la vigencia de la resolución 202/2020 (del 30 de junio 2020), que fijaba en U\$S 27.000 (más IVA) el precio máximo de venta del principio activo Nusinersen, expresando además que la emisión de dicha resolución demostraba que el Estado Nacional se halla en mejor posición para tomar a su cargo la provisión de la droga. Sobre esa cuestión, la magistrada expresó que dicho argumento en nada contribuye a la solución adoptada, evidenciando una mera discrepancia con el criterio empleado por el juzgador en la apreciación de los diversos elementos de juicio incorporados al proceso.

Por otra parte, rechazó la apelación del Estado Nacional, en tanto pretendía que la cobertura en cuestión recaiga exclusivamente en la obra social demandada. Apuntó que, si bien el Estado Nacional dictó la normativa específica que establece las pautas de cobertura del medicamento Nusinersen para pacientes con atrofia muscular espinal (resoluciones 202/2020 y 1860/2020), de manera alguna puede evadirse de la responsabilidad que le cabe, en cumplimiento de su carácter de garante del sistema de salud. Preciso que la ley 24.901, que ampara los derechos del niño representado en autos, en su artículo 3 expresa que el Estado, a través de sus organismos, prestará los servicios establecidos en esa norma, por lo que de allí se desprende la obligación y responsabilidad del Estado Nacional, en especial cuando se está en presencia de una situación de urgencia. Citó precedentes del Alto Tribunal en ese sentido.

Añadió que del informe pericial contable elaborado por Liliana Hames se infiere la dificultad de liquidez por parte de la obra social para atender sus obligaciones a corto plazo. Agregó que no pueden desconocerse los altos costos de la medicación solicitada, razón por la cual, tratándose de una obligación

concurrente en tutela de la salud del niño T.L.F, la misma debe ser afrontada tanto por DASPU como por el Estado Nacional, abonando cada una de esas partes el 50% del valor total de la droga.

–II–

Contra ese pronunciamiento, la obra social universitaria DASPU interpuso recurso extraordinario (fs. 476/498), que sustanciado (fs. 499) y contestado por la actora (fs. 503/516), fue denegado por la cámara (fs. 518/520), lo que motivó la presentación directa en estudio (ver fs. 1/64 del recurso de queja FCB 087638/2018/3/4/1, en versión digital).

En particular, indica que se hallan en juego la inteligencia de los artículos 17, 18, 19, 42 y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, las leyes 23.660, 23.661, 24.901, 23.890, 24.741, 26.689, las resoluciones 1452/2019 APN-SGS#MSYDS, 1115/2020 APN-MS, 597/2020 APN-SSS#MS, 202/2020 APN-SCI#MDP y 729/2020 APN-DGD#MPYT, y las disposiciones ANMAT 2062/2019 y 4529/2020, y el tribunal *a quo* ha hecho una errónea interpretación de ese cuerpo normativo federal. Asimismo, entiende que se ha vulnerado el derecho del debido proceso y la garantía de la tutela judicial efectiva.

En lo sustancial, pone de manifiesto que el pronunciamiento se aparta del régimen aplicable a la obra social universitaria y omite exponer fundamentos razonados que sostengan la obligación de esa parte a la cobertura del medicamento en debate.

Considera que el fallo no tiene en cuenta que las obras sociales universitarias se encuentran excluidas del régimen de la ley 23.660, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 23.890. Precisa que esa exclusión fue ratificada por el Poder Legislativo, al dictar la ley 24.741, régimen en el que se haya comprendido esa obra social.

Expone que al no ser agente del sistema nacional de salud no participa de los reintegros previstos para la medicación en cuestión, solventados por



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

el Fondo Solidario de Redistribución (cf. resolución 1115/2020) y, por ende, el precedente de la Corte Suprema en los autos “C.M.L” no le es aplicable. Añade que tampoco corresponde extender a esa obra social la doctrina del Alto Tribunal en el precedente emitido Fallos 327:2127, “Martín”, puesto que, a diferencia de la Obra Social de las Fuerzas Armadas (demandada en aquélla causa) DASPU no tiene posibilidad de adherir al sistema de las leyes 23.660 y 23.661.

Se agravia, además, por cuanto la cámara fundó su postura en la ley 26.689, sin valorar que media una omisión del Estado Nacional en determinar las prestaciones que corresponde otorgar en favor de quienes padecen enfermedades poco frecuentes, puesto que sólo elaboró un listado de las patologías que comprende, lo que obsta a la operatividad de ese plexo normativo. A su criterio, ello determina que se condene únicamente al Estado Nacional por no desarrollar acciones positivas eficaces que permitan delegar su responsabilidad originaria y ser la autoridad de aplicación de la ley especial en cuestión.

Endilga arbitrariedad a la sentencia en crisis en la medida en que rechazó el argumento de esa obra social según el cual la resolución 202/2020, que fijaba un precio máximo para la medicación requerida citada en el pronunciamiento de primera instancia, fue dejada sin efecto por la resolución 729/2020, sin efectuar un análisis serio del punto, cuando la cuestión en torno al precio del medicamento ha sido troncal en la causa.

Alude que el pronunciamiento apelado no analizó ciertos extremos planteados por esa parte, como por ejemplo, que la droga en cuestión se halla registrada “bajo condiciones especiales” (dada la incertidumbre en la eficacia, seguridad y efectos del medicamento, cf. considerandos disp. ANMAT 4529/2020), que ha sido excluida del PMO, y que se la obliga a esa parte a afrontar con recursos propios la cobertura de una medicación cuya investigación se encuentra en curso en seres humanos, desarrollada por Biogen en Argentina, por actos y decisiones del

Estado Nacional, por lo que el financiamiento de la investigación y acceso a ciencia y tecnología es responsabilidad indelegable a cargo de este último (art. 42 CN, PIDESC, arts. 15 y ss, 3, inciso s, y ley 26.689).

Finalmente, sostiene que la decisión de la cámara le ocasiona un daño irreparable, acreditado mediante la pericia contable oficial aportada en la causa, que demuestra el perjuicio e incapacidad financiera de esa obra social para cubrir el tratamiento. Enfatiza que la condena a esa parte pone en riesgo inminente en su capacidad para afrontar las prestaciones del resto de los afiliados, extremo que no fue adecuadamente valorado por el tribunal. Menciona jurisprudencia dictada en materia de gravedad institucional cuando se afecta el interés colectivo.

–III–

A mi modo de ver, el recurso es formalmente admisible desde que se controvierte la inteligencia de normas federales –leyes 23.660, 23.661, 24.741, 24.901, 26.689, decreto 794/2015, y reglamentaciones emitidas por el Estado Nacional en torno a la enfermedad AME; entre otras– y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria a la pretensión que el recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48; dictamen de esta Procuración General de la Nación en la causa CSJ 1782/2021/RH1 “B., E. c/ ISSN s/ acción de amparo”, del 13 de julio de 2022; y su cita).

Además, el planteo de arbitrariedad debe ser tratado en forma conjunta, en tanto se encuentra inescindiblemente relacionado con la cuestión federal (dictamen de esta Procuración General de la Nación en CSJ 417/2018/CS1 “B., C. B. y otro en repres. de su hijo menor c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo”, del 6 de febrero de 2019, resuelto en igual sentido por la Corte Suprema en Fallos 344:2868).

–IV–

Ante todo, corresponde señalar que no se halla controvertido en esta instancia que el niño T.L.F padece una discapacidad, cuenta con el



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

certificado que lo acredita y se encuentra afiliado a la obra social demandada (fs. 39/52 y 55/69 del expediente principal FCB 87638/2018, en versión digital). Tampoco se discute que su patología de base fue diagnosticada como AME tipo II y que el propio cuerpo médico forense concluyó que el tratamiento requerido a base del medicamento Nusinersen/Spinraza es la única alternativa terapéutica disponible (ver fs. 157/160, 195 y 2991).

Asimismo, arriba firme la condena en cabeza del Estado Nacional, quien no ha recurrido la sentencia de la cámara, confirmatoria de la de grado, en tanto le ordenó la cobertura del 50% del medicamento en cuestión.

Por otra parte, no se ha puesto en tela de juicio que, a partir del dictado de la medida cautelar en favor de la parte actora, y durante la vigencia de la inclusión del tratamiento bajo análisis en el PMO (cf. resol. 1452/2019), se procedió a la aplicación de las cuatro primeras dosis (los días 30/1/2020, 14/2/2020, 27/02/2020 y 26/03/2020, respectivamente, ver escrito agregado el 4 de enero de 2023, a fs. 543/544), las cuales fueron proporcionadas por el Estado Nacional, con derecho a repetición contra la obra social demandada sobre el porcentaje que correspondiera cubrir a esta última (cf. lo ordenado a fs. 201/213 del incidente FCB 087638/2018/3/2, en versión digital).

A su vez, no se cuestiona que luego del dictado de la resolución 1115/2020 del Ministerio de Salud de la Nación –derogatoria de la resolución 1452/2019– que dispuso en su artículo 2 “que los Agentes del Seguro de Salud y las Entidades de Medicina Prepaga deben garantizar la continuidad de la cobertura de los tratamientos de pacientes con Atrofia Muscula Espinal (AME), en los tipos I, II y III, que se iniciaron durante la vigencia de la resolución N° 1452/19 de la entonces Secretaria de Gobierno de Salud”, se procedió a la aplicación de la quinta dosis, hasta la décimo primera (ver fs. 543/544 op. cit. y 546/554) y que, con anterioridad al suministro de la sexta dosis, en cumplimiento de lo ordenado por el juez de primera instancia, DASPU manifestó que procedería a cubrir el porcentaje puesto

a su cargo reservando derechos (fs. 449/450).

En este marco, entiendo que el único punto en debate consiste en determinar si la obra social se halla jurídicamente compelida a cubrir el 50% del tratamiento ordenado judicialmente.

Al respecto, en lo sustancial, la apelante plantea, por un lado, que no se halla normativamente obligada a proporcionar esa prestación, por no estar comprendida en las previsiones de las leyes 23.660 y 23.661 y, además, por no encontrarse debidamente reglamentada la ley 26.689 con relación a las prestaciones que corresponde asumir a los sujetos obligados.

Por otro lado, plantea su incapacidad financiera para afrontar esa obligación, en particular teniendo en cuenta que no participa de reintegro alguno por parte del Fondo Solidario de Redistribución, máxime cuando se ha dejado sin efecto la resolución que fijaba el precio máximo del medicamento en U\$S 27.000 más IVA.

–V–

En cuanto a la responsabilidad de la demandada, cabe recordar que es doctrina de la Corte Suprema que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de la resolución del caso, lo que implica que si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias de las que no es posible prescindir (Fallos: 344:3451, “C., M. L. y B., H. M.” y sus citas; entre otros).

La ley 24.741 de Obras Sociales Universitarias, si bien excluye a esas entidades del régimen de la ley 23.660 (art. 1), establece que Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación es la autoridad de aplicación de esa norma en todo aquello que tenga relación con las prestaciones médico asistenciales (art. 9).

En cuanto a la patología en estudio, corresponde señalar que



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

la resolución 597/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud (B.O. del 30/06/2020) incorporó a la atrofia muscular espinal (AME) en el Anexo IV de la resolución SSS 400/16 (modificado según su similar resol SSS 46/17). En los considerandos de esa norma se puso de relieve que la AME puede ser catalogada dentro de las Enfermedades Poco Frecuentes, y que el costo de su tratamiento con el medicamento Nusinersen es susceptible de ser considerado como catastrófico, en cuanto al perjuicio financiero que conlleva su cobertura. En esa línea, la resolución 641/2021 del Ministerio de Salud aprobó el Listado de Enfermedades Poco Frecuentes, entre los cuales se incluye la aludida patología AME (ver Anexo I, en especial página 16).

Sobre esta base, no hay dudas sobre el encuadre del presente caso en las disposiciones de la ley 26.689 – Ley de Enfermedades Poco Frecuentes-EPF–, cuyo artículo 6 dispone de manera expresa que las entidades que otorgan atención al personal de las universidades “deben brindar cobertura asistencial a las personas con EPF, incluyendo como mínimo las prestaciones que determine la autoridad de aplicación”. Específicamente, el decreto reglamentario 794/2015, en su Anexo I, artículo 6, reitera que quedan expresamente alcanzados por la ley 26.689 “d) Las entidades que brinden servicios médicos asistenciales de prevención, protección, tratamiento y/o rehabilitación de la salud al personal de las Universidades Nacionales”; y prevé que “(l)as personas afectadas con EPF recibirán como cobertura médica asistencial como mínimo lo incluido en el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución de la Autoridad de Aplicación y, en caso de discapacidad, el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad previsto en la Ley N° 24.901 y sus modificatorias”.

Sentado ello, la Corte Suprema ha sostenido que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y, cuando ésta no exige un esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la regla

(Fallos: 344:1695, “Corvalán”; y 345:938, “A.B.R.”, ambos por remisión al dictamen de esta Procuración General, entre otros).

Bajo ese prisma, la obligación en cabeza de la demandada surge clara del plexo legal transcripto, el cual resulta plenamente operativo, en tanto incluye a las obras sociales de las universidades nacionales como sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma, y establece de manera nítida que estos últimos deben proveer a las personas que padecen EPF, como mínimo, las prestaciones de la ley 24.901 – Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación-.

En consecuencia, a los beneficiarios de la ley 24.901 se le debe reconocer el costo total de los medicamentos o productos dietoterápicos específicos que sean requeridos en función de la patología que presentan, que no se produzcan en el país (art. 38), tal como lo he señalado en el dictamen emitido en la causa FBB 16636/2017/3/RH1 Recurso de Queja n°3, “S.C., J.L. c/ Obra Social del Petróleo y Gas Privados y otro s/amparo ley 16.986”, del 20 de diciembre de 2021, en el que se requería la misma medicación para el tratamiento de idéntica enfermedad.

En otras palabras, el hecho de que la recurrente haya sido excluida del sistema de la ley 23.660 es irrelevante en la especie y no basta para eximirla de proveer la droga indicada por los médicos tratantes, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 38 de la ley de Prestaciones Básicas, puesto que su sujeción a esa norma deriva de manera directa de la ley de Enfermedades Poco Frecuentes, y de las disposiciones del Anexo I, artículo 6, de su decreto reglamentario.

–VI–

En lo atinente a la segunda cuestión, vinculada a la incapacidad financiera de la obra social para afrontar la cobertura del medicamento en la proporción ordenada por la cámara, estimo que ese agravio tampoco puede prosperar.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Ello pues, si bien la pericia contable oficial explica que la entidad presenta una alta inestabilidad financiera y advierte dificultades en su liquidez inmediata para atender sus obligaciones a corto plazo (fs. 312/322) – extremo que fue especialmente ponderado por la cámara para confirmar la extensión de la condena al Estado Nacional– no concluye de manera indubitada que DASPU se encuentra imposibilitada de abonar al menos el 50% de la medicación requerida.

Es que, frente a las exigencias de coberturas de salud, resultan insuficientes las alegaciones genéricas de la demandada referidas a la imposibilidad de afrontar los gastos exigidos, pues resulta necesario aportar información relativa al efectivo compromiso patrimonial de la que surja con nitidez las consecuencias que produciría la condena en la estructura financiera, el equilibrio presupuestario, o bien en la atención particular de otros afiliados (cf. doctrina de Fallos: 331:453, “Chamorro” y dictamen de esta Procuración General en la causa CCF 2032/2012/CA2, “Conci, Santiago Alejandro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, del 19 de agosto de 2020 y sus citas, entre otros). Estos criterios sobre la carga probatoria se acentúan frente al deber de suministrar cuidados paliativos pediátricos con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas, mediante el alivio del dolor, de los síntomas y del sufrimiento asociados a enfermedades (cf. dictámenes de esta Procuración General en las causas FSA 21814/2017/CS1 “N, G. A. y su hijo B.A. y otro c/ Est. Nac. s/ amparo Ley 16.986”, del 14 de mayo de 2021 y FBB 16636/2017/3/RH1 Recurso de Queja n°3, “S.C., J.L. c/ Obra Social del Petróleo y Gas Privados y otro s/amparo ley 16.986”, op cit.).

Por lo demás, el agravio referido a que la entidad no puede obtener reembolsos del Fondo Solidario de Redistribución tampoco resulta atendible, por ser meramente conjetural (Fallos: 312:290, Ministerio de Trabajo”; 326:4745 “Moliné O Connor”, entre otros), y el remedio federal exige un gravamen

concreto y actual (Fallos: 325:2552, “Casas”; 328:4445, Mc Food S.A.; entre otros) que no se identifica en la causa. En el caso se encuentra firme la condena al Estado Nacional de cubrir el 50 % del medicamento, cualquiera sea su costo en dólares, y sin tope alguno, mientras que en el sistema de las resoluciones de la Superintendencia de Servicios de Salud 400/16 (modif. por resol. 46/17) y 597/2020, aplicables a los agentes del sistema de salud, estos últimos pueden reclamar un reintegro por vial en moneda nacional, y por un valor máximo de \$ 3.500.000 (ver Anexo II, resol 597/2020). De allí se deriva que en el esquema fijado en la sentencia la cobertura concurrente a cargo del Estado Nacional no es inferior a la que asumiría por el referido sistema de reintegro.

–VII–

Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, y confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios.

Buenos Aires, 6 de julio de 2023.

ABRAMOVICH
COSARIN
Victor Ernesto

Firmado digitalmente por ABRAMOVICH
COSARIN Victor Ernesto
Fecha: 2023.07.06 11:05:27 -03'00'