



Salud

Botox con fines terapéuticos para el tratamiento de esclerosis múltiple, paraplejía espástica

P. M. T. c/ Cred. Sanatorio Plaza y/o Instituto Médico Quirúrgico Sanat. Plaza S.A. s/ Amparo

Rosario, 06 de junio de 2012

Y VISTOS: Los autos caratulados “P., M. T.c/ CRED. SANATORIO PLAZA y/o INSTITUTO MÉDICO QUIRÚRGICO SANAT. PLAZA S.A. s/ Amparo”, Expte. N° 679/11, venidos a despachos a fin de dictar sentencia definitiva, de acuerdo a lo previsto en el art. 9 de la Ley 10.456.

De las actuaciones resulta que a fs. 14/17 comparece la actora, por medio de apoderada, e interpone acción de amparo, tendente a que se condene al Instituto Médico Quirúrgico Sanatorio Plaza S.A. a la cobertura del suministro y la colocación de “ampollas de toxina botulínica tipo A (botox)” indicadas por su médico tratante con fines terapéuticos, a fin de tratar la paraplejía espástica que presenta, por el tiempo que resulte menester acorde con las indicaciones médicas. Manifiesta que está asociada al sistema de medicina prepago de la demandada y registra el carácter de afiliada N° xxxx/02, P 20 PLAN P-200, circunstancia que acredita con un recibo de pago emitido por la accionada, y que el afiliado titular es su esposo R. D.

Asevera que es una paciente de 61 años de edad que padece esclerosis múltiple y paraplejía espástica, motivo por cual es una persona con discapacidad en los términos del art.9 de la Ley 24.901, lo cual corrobora con el certificado extendido por la Comisión Provincial para Personas con Discapacidad.

Expone que, dado que no presentaba mejorías en las secuelas de esta patología crónica, incurable y progresiva, en octubre de 2010 y a principios del mes de marzo de 2011 su neuróloga de cabecera le indicó el uso de toxina botulínica tipo A (botox), con fines terapéuticos (no estéticos), a fin de paliar y reducir la espasticidad, de modo que pueda mejorarse el resultado del tratamiento kinesiológico y su estado general, dado el fracaso de los tratamientos con relajantes musculares.



Que a tal fin consultó en esta ciudad a un médico fisiatra especializado en neurorehabilitación, el Dr. G. R., quien luego de evaluarla estableció que el tratamiento fisiokinésico no mejoraba la lumbalgia y que, además, la espasticidad que presenta no había cedido pese a los tratamientos con relajantes musculares, por lo cual le indicó la aplicación de tres ampollas de botox 100u, las que fueron aplicadas en octubre de 2010 con un buen resultado inicial.

Señala que esa aplicación fue costeadada por ella y que debido a los efectos beneficiosos que le produjo, sus médicos le indicaron la necesidad de continuar con este tratamiento, que si bien no logrará curar su patología crónica ni eliminar las secuelas de su afección, le permitirá mejorar su calidad de vida, atemperar los dolores que padece y obtener mejores resultados en la kinesioterapia que lleva a cabo. Dice que ante la imposibilidad de cubrir los costos de nuevos tratamiento, en el mes de marzo de 2011 presentó un pedido de cobertura del mismo y del reintegro de la suma abonada por el anterior del que se hizo cargo, el cual fue replicado por la demandada, expidiéndose por el rechazo de la intimación aduciendo para ello que el medicamento Botox no estaba reconocido por el Ministerio de Salud de la Nación, pues se encontraba en fase de experimentación y que por ese motivo el sistema pre-pago no lo contemplaba.

Indica que ese argumento era falso, pues el ANMAT aprobó el uso de la toxina botulinica A (botox), con fines terapéuticos según certificado N° 409745, y que la arbitraria negativa del sistema de medicina prepago obedece evidentemente al costo económico que implica, puesto que debe repetirse cada cuatro o seis meses, según la evolución del paciente.

Puntualiza que por ser la demandada una empresa de medicina prepaga, se halla comprendida por las disposiciones de las Leyes 24.754 y 26.682 , que disponen la obligatoriedad de cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo normado por las Leyes 23.660 y 23.661 , y por tanto el P.M.O. (Plan Médico Obligatorio) que se aplica a las mismas.



Y que tanto la Ley de Obras Sociales como el P.M.O. prevén la posibilidad de que si un afiliado necesita una práctica no contemplada por el mismo, ésta pueda ser otorgada por vía de excepción (punto 2.9.5 del citado PMO).

Manifiesta que privarla de la Toxina Botulínica A con fines terapéuticos implica una lesión arbitraria e ilegítima de los derechos humanos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral reconocidos en la Constitución Nacional y en diversos Tratados Internacionales, y contradice la jurisprudencia imperante en la materia.

Ofrece pruebas, funda la idoneidad de la vía del amparo y sustenta su pretensión en lo dispuesto en los arts. 14 bis, 19, 33, 42, 43, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, cctes. de la Constitución de Santa Fe, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto de San José de Costa Rica, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Leyes Nº 23.660, 23.661, 24.754, 26.682, P.M.O. y cctes.

A f. 18 se admitió la demanda y se citó a la demandada para que comparezca, conteste demanda y ofrezca su prueba.

A fs. 24/27 luce el escrito de contestación de la demandada, en el cual reconoció expresamente la calidad de asociado a Credencial Sanatorio Plaza, la nota de fecha 21/03/2011, la respuesta suscripta por el Sanatorio y los informes de fs. 3 y 6, y luego formuló una puntual negativa de los demás hechos alegados por la actora. En apretada síntesis, sus argumentos fueron: i) que la acción de amparo se encontraba caduca, pues en fecha 21/03/2011 su parte manifestó el rechazo de la solicitud de suministro y colocación de ampollas de botox, y a la interposición de la demanda, habían transcurrido cuatro meses, por lo que el plazo del art.2 de la ley 10.456 se encontraba vencido; ii) que, sin perjuicio de ello, la demanda es improcedente, pues el tratamiento de esclerosis múltiple con botox no está reconocido por el Ministerio de Salud de la Nación, ya que el ANMAT ha aprobado el uso de dicho medicamento para casos de espasticidad focalizada, no incluyéndose en el certificado Nº 40974 en casos de esclerosis múltiple y paraplejía espástica; iii) que al no encontrarse incluido ese tratamiento entre las prestaciones obligatorias previstas en las Leyes Nacionales Nº 23.660 y 23.661 (P.M.O.), no obstante la gran cantidad que incluye este



último, y que la vía de excepción prevista en el punto 2.9.5 del PMO es sólo aplicable a las obras sociales y no a las empresas de medicina prepaga, no se da el requisito fundamental del art. 17 de la Constitución de Santa Fe, esto es, la manifiesta arbitrariedad, ilegalidad e ilegitimidad del acto atacado; iv) de hacerse lugar a la demanda, se estaría violando el art. 19 de la Constitución Nacional, según el actual ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda.

A f. 29 se proveyó la prueba ofrecida. A f. 38 consta la declaración testimonial del galeno de la actora, Dr. G. J. R.; a f. 29 el informe de la Médica Forense Dra. A. R. C., del Instituto Médico Legal; a f. 40/41 y 45/61, informativas del Ministerio de Salud de la Nación de la Administración de Programas Especiales y de la Superintendencia de Servicios de Salud, respectivamente.

La intervención del suscripto se hizo saber mediante providencia del 07/05/2012 (f. 65), de la cual las partes quedaron notificadas (f. 66), y ha quedado firme.

De acuerdo al estado de la causa y no existiendo escritos pendientes de agregación, quedan los autos en estado de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO: que según los términos en que se trabara la litis, la actora reclama que se ordene al Instituto Médico Quirúrgico Sanatorio Plaza S.A., la cobertura del suministro y la colocación de “ampollas de toxina botulínica tipo A (botox)” indicadas por su médico, con fines terapéuticos, a fin de tratar la paraplejía espástica que presenta, por el tiempo que resulte necesario.

Contra dicho reclamo, la demandada resiste oponiendo la caducidad de la acción de amparo según art. 2 de la Ley 10.456. Al respecto, cabe decir que si bien es cierto que la actora solicitó a la demandada que se haga cargo de tales prestaciones en marzo de 2011, lo cual fue rechazado el día 21 de ese mes, y la demanda fue interpuesta el 28/07/2011, no menos cierto es que la negativa de la demandada, sostenida en el tiempo, que causa perjuicios actuales y que obviamente se mantenía al momento de promover la demanda, torna inaplicable el exiguo plazo de caducidad del citado artículo.



Ante normativa análoga, se ha entendido que no es un escollo insalvable cuando con la acción incoada se enjuicia una ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente (Fallos 307:2184).

Con cita de ese precedente, in re “Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (07/11/2006, Fallos 329:4918), la Procuradora Fiscal subrogante Dra. Marta A. Beiró de Gonçalves, en el dictamen al que adhirió la CSJN, agregó: “No es un hecho único, ya pasado -prosiguió-, ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias (.). Pensamos que en la especie la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada”. ... La solución que propicio, encuentra justificación en precedentes del Tribunal, que ha establecido que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (v. doctrina de Fallos: 323:1339).”

Y expuso además: “Más en conexión con el reclamo planteado en el sub lite y el rechazo de la vía del amparo, procede recordar que en el precedente de Fallos 327:2127, esta Procuración señaló -también en el marco supuestos fácticos diferentes, pero vinculados con la cobertura integral de las prestaciones básicas por discapacidad- que el Tribunal ha interpretado que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo del actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso (v. doctrina de Fallos: 324:122)”.

El mismo criterio fue adoptado recientemente por el Címero Tribunal de la Nación en virtud de un amparo iniciado por una persona de muy avanzada edad, aparentemente cuando ya se encontraba fenecido el plazo de 15 días de la LNA. Dijo la Corte: “El plazo establecido por el art. 2º, inciso e), de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es



aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando ha sido invocado y prima facie acreditado que se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes.” (“Koch, Lilian Mercedes c/PEN – ley 25.561 – dtos 1570/01 214/02 (Boston Citi) s/amparo sobre ley 25.561¹, 14/02/2012, K. 37. XLV; REX)

Por tales motivos, el término de caducidad previsto en el art. 2 de la Ley 10.456 es inaplicable al caso, toda vez que las prestaciones médicas demandadas deben ser suministradas periódicamente, por lo que la omisión por parte de la demanda no se ve agotada ante el primer incumplimiento derivado de la inicial reclamación efectuada extrajudicialmente, sino en forma permanente, en cada oportunidad en la no se le brinda el producto médico que se dice que necesita para preservar y mejorar su derecho a la salud. Por tales motivos, la caducidad alegada debe ser desestimada.

En cuanto al fondo del asunto, los principales argumentos de la demandada radican en que el tratamiento de esclerosis múltiple con botox no estaría reconocido por el Ministerio de Salud de la Nación y que, por consiguiente, la alegada arbitrariedad, ilegalidad e ilegitimidad del acto atacado no sería manifiesta, por lo que de condenársela, se entraría en contradicción con el art. 19 de la CN, según el actual ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no manda.

Al respecto, liminarmente corresponde expresar que no está controvertido en autos el carácter de afiliada de la actora a Credencial Sanatorio Plaza, prepaga del Instituto Médico Quirúrgico Sanatorio Plaza S.A. y tampoco la negativa extrajudicial de éste de hacerse cargo de la cobertura requerida, ya que ha admitido expresamente aquella calidad y la nota de fecha 21/03/2011 mediante la cual rehusó el reclamo.

El otorgamiento del certificado de discapacidad por parte de la Comisión Provincial para las Personas con Discapacidad, expedido de conformidad a las Leyes 22.431 y 24.901 acredita un diagnóstico, no negado por la demandada, de “esclerosis múltiple paraplejia espástica” (f. 2).

Nuestro Máximo Tribunal de la Nación ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la constitución nacional



(Fallos: 302:1284; 310:112), y que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -mas allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

El derecho a la salud tiene jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc 22 de la Constitución Nacional, y en razón de la incorporación de los siguientes instrumentos internacionales a los que aquél le ha conferido tal prelación normativa: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, ap. 1 y 2, incisos a), b), c) y d); Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.1 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI. La ley 24.754 determina que las empresas o entidades destinadas a prestar servicios de medicina prepaga deberán cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales conforme lo establecido por las leyes 23.660 y 23.661 y sus respectivas reglamentaciones, ya que entre sus obligaciones se encuentra -a modo de una especie de seguro- la de brindar asistencia médica integral a las personas asociadas con discapacidad (CSJN, Fallos 324:754).

Según reiterada jurisprudencia, “si la ley 24.901 impone a las obras sociales sometidas a la ley 23.660, cumplir con una serie de prestaciones en favor de las personas discapacitadas, y la ley marco 24.754 constriñe a las empresas de medicina prepaga a cubrir como mínimo las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para aquéllas, es evidente que éstas también se encuentran alcanzadas por las disposiciones de carácter obligatorio que se fueran sucediendo en el tiempo y que se hallen encuadradas en el marco de las leyes 23.660 y 23.661.” (CNCiv., Sala G, 06/08/2009, “C. G., E. c. Swiss Medical S.A.”. La Ley Online, AR/JUR/31476/2009).

Incluso la CSJN in re “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, en precedente del 28/08/2007 (Fallos 330:3725 – La Ley 2008-B, 304, con nota de Jorge Mario Galdós; RCyS 2008, 444, con nota de Mariana Catalano), sostuvo que al no introducir la Ley 24.901 salvedad alguna que la separe del marco de la Ley 24.754, debe ser interpretada en el sentido que, en cuanto determina prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, comprende a las empresas de



medicina prepaga a la luz del concepto amplio “médico asistencial” a que se refiere el art.1 de la segunda de las leyes mencionadas, pues la interpretación armónica del plexo normativo enunciado es la que mejor representa la voluntad del legislador respecto a la protección del derecho asiendo que ello representa la voluntad del legislador respecto de la protección del derecho a la salud, conforme lo dispuesto por el art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional. La cuestión quedó definitivamente zanjada con el dictado de la Ley de Medicina Prepaga N° 26.682 (sancionada el 04/05/2011, promulgada el 16/05/2011, y publicada en el B.O. n° 32151 del 17/05/2011), que en su art. 7 establece expresamente que tales empresas “deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico- asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias”.

Esta Ley 24.901 en su capítulo IV (arts. 14 a 18) determina cinco tipos de prestaciones a) preventivas; b) de rehabilitación; c) terapéuticas educativas; d) educativas y e) asistenciales.

Es evidente que la prestación médica demandada resulta también alcanzada por los términos de la Ley 24.901, en la medida en que ésta tiene como objetivo primordial la cobertura integral de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad (art. 1) y, especialmente, de las prestaciones de rehabilitación tendientes a que alcancen el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social mediante la recuperación de todas o la mayor parte posible de sus capacidades (art.15). Y sobre el particular dicha norma define a las prestaciones de rehabilitación como “aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que un persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios.”



Y seguidamente ordena que: “En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera.” Según el Diccionario de la Real Academia Española (22a. edición, <http://www.rae.es>), la voz “integral” en su primera acepción significa: “Global, total” y, “total”: “(Del lat. totus, todo). 1. adj. General, universal y que lo comprende todo en su especie.”

Es decir, todo lo necesario para la rehabilitación y mejoramiento del paciente, lo que ha llevado a los tribunales a definir con claridad a estos parámetros de la Ley 24.901 referidos a las prestaciones básicas, del siguiente modo: “Los conceptos de integralidad y totalidad que surgen de los artículos rigen el alcance de las coberturas, entendiendo por cobertura total a todas aquellas requeridas por el equipo médico tratante; y atención integral, refiere al ensamble interdisciplinario de cada tratamiento específico.” (Cám. Federal de Bahía Blanca, 11/05/2012, “P. G, I.y otros c/ SOSUNS – SNR – Mrio Salud Nación s/ Amparo- Medida Cautelar”, <http://www.cij.gov.ar>).

De relevancia resulta el testimonio del médico fisiatra de la actora, Dr. G. J. R. (fs. 38 y vta.), el cual refiere: a) a la depresión que padece la actora y que tendría vinculación con la secuela neurológica que sufre; b) a la utilización de botox para los casos de espasticidad moderada y severa, que en algunos se transforma en el único recurso; c) a que en el caso particular de la accionante, la aplicación de botox permitió disminuir su espasticidad y mejoró la calidad de marcha, aumentando la velocidad y su seguridad; d) al escaso efecto de las drogas orales, que habían sido indicadas por otra médica, sobre la espasticidad; e) a que la neurocirugía no es recomendable por tratarse de una enfermedad que puede progresar a mayor deterioro.

El informe de la Médica Forense Dra. A. R. C., del Instituto Médico Legal de Rosario, se orienta en un sentido similar y considera benéfica la aplicación de botox para la actora. Concluye el dictamen, con adecuada y clara fundamentación que no ha sido observada por la demandada, del siguiente modo: “la inyección local de la toxina botulínica “A” disminuye la contractilidad muscular (paraliza), debilita el músculo, sin impedir su funcionamiento, atento a ello, determinaría una disminución del dolor espástico, permitiría menguar o anular la posición anómala y la incapacidad,



importando confort y mejor calidad de vida para la paciente, posibilitando implementar adecuadamente la terapia física, la higiene, la colocación de sondas, etc. En lo que respecta a los miembros superiores, al disminuir el tono muscular, mejora el aumentando la excursión articular. / En suma, la inyección de la toxina botulínica “A” reportaría un beneficio a la salud de M.T.P.”

Los informes emanados del Cuerpo Médico Forense, no son solo dictámenes de un perito, ya que se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia, cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales (cfme. doctrina de la CSJN, Fallos: 299:265). Así, la Corte Federal les ha atribuido calificado valor probatorio, y consideró que no corresponde prescindir sin fundamento suficiente de las conclusiones de los expertos del Cuerpo Médico Forense (conf. Fallos 287:463; 306:712).

De modo que el beneficio que reportaría la toxina botulínica “A” a la actora, debe tenerse por acreditado.

Corresponde analizar entonces, si la empresa de medina prepaga se encuentra obligada a brindarla, no obstante no encontrarse en el Plan Médico Obligatorio (Resoluciones 310/04 y 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación) para el tipo de dolencia que experimenta la actora. Sobre este punto, cuadra decir que: (a)” el PMO no constituye una limitación para los agentes del 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 (cfr. esta Sala, doct. causas 630/03 del 15-4-03 y 14/2006 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 ” (Cám. Fed.Rosario, Sala B, 15/05/2012, “GIMENEZ, Verónica c/ Mutual del Personal del Centro Industrial Acindar y otros s/ Amparo - Sumarísimo”, <http://www.cij.gov.ar>); (b) en el marco de los derechos en juego, la evolución y el carácter no cerrado del PMO corresponde precisar que el contenido de sus Anexos constituyen especificaciones complementarias y subsidiarias y la omisión en él de un fármaco no es relevante - en el caso particular- a los fines de revertir la regla superior que tiende a garantizar el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud (CNCiv., Sala G, 06/08/2009, “C. G., E. c.



Swiss Medical S.A.". La Ley Online, AR/JUR/31476/2009); y parejamente: CSJN, 16/05/2006, "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo" , Fallos 329:1638); (c) en función de ello, se ha entendido una empresa de medicina prepaga debe otorgar a un discapacitado la cobertura total de la medicación y prestaciones requeridas, pues las Leyes 22.431 y 24.901 establecen el carácter integral de la atención y asistencia que deben recibir las personas con discapacidad, y a dichos fines el Plan Médico Obligatorio constituye un límite debajo del cual ninguna persona debería ubicarse, mas no necesariamente conforma un tope máximo (en este sentido: CNFed. Civ. y Com., Sala II, 22/12/2009, "Lovaschi Carlos Alberto y otros c. Swiss Medical S.A.", AR/JUR/68975/2009) Subrayó la CSJN en "Cambiaso Péres de Nealón" (Fallos 330:3725) ya citado, que la ley 24.754 "representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial" (v.considerando 9º y su cita; también voto del juez Vázquez en "Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios", del 13/03/2001, Fallos 324:677).

En casos análogos, la jurisprudencia ha acogido reclamos similares referidos al medicamento que aquí se peticiona.

Por citar algunos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, en fecha 17/12/2009, en autos "Deluchi Teodolinda c/ Obra Social Bancaria Argentina Solidaridad s/ sumarísimo" (www.cij.gov.ar), consideró que debía "ponderar principalmente los términos del dictamen del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del cual surge no sólo que "el Botox vesical, acorde el informe producido por el ANMAT ., resulta ser una droga aprobada en nuestro medio por la autoridad sanitaria que rige en la materia" sino que "desde el punto de vista médico y humano ... la accionante tiene derecho a intentar este nuevo tratamiento para resolver o paliar su incontinencia urinaria", razón por la cual, y basado en que el P.M.O. es un régimen mínimo de prestaciones que se debe garantizar (cfme. Resolución 201/02 y 1991/05 del Ministerio de Salud), que no constituye una limitación, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir, confirmó la decisión que había concedido la prestación.



Por su parte, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en autos caratulados “Rivera Argel, Angélica R.c/ OSPECON s/ Amparo”, mediante sentencia del 04/12/2009 (www.cij.gov.ar), también condenó a proveer toxina botulínica a un paciente discapacitado en forma urgente y sin interrupción, y expresó que “el derecho a la vida, a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, pues tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas”.

En ese mismo orden de ideas, el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 24, ya en octubre de 2002, consideró que “del análisis literal de las mencionadas resoluciones y de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, se arriba a la conclusión de que la entidad demandada se encuentra obligada a la cobertura y provisión de las tres cajas del medicamento “Botox 100” que le ha sido prescrita a la actora N. C. M. de M. de acuerdo a su afección, quien padece esclerosis múltiple conforme surge del certificado de discapacidad otorgado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3º de la ley 22.431, que obra agregado a fs. 14. En efecto, la ley 23.661, en su art. 28, preceptúa que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran. Por otra parte, la resolución 939/2000 del Ministerio de Salud Pública establece que el Programa de Salud de cumplimiento obligatorio para todos los Agentes del Sistema Nacional de Salud se encuentra alcanzado por lo establecido en la ley 24.901 y que los agentes de Seguro deberán garantizar a sus beneficiarios mediante servicios propios o contratados el acceso oportuno, libre e igualitario a las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Y como el medicamento pretendido por la actora se encuentra comprendido dentro de las prestaciones básicas enunciadas en la ley 24.901 (cfr. art. 38 de dicho cuerpo legal y constancia de fs. 16 de donde surge que el medicamento no es elaborado en el país sino en Estados Unidos), forzoso es concluir que la entidad demandada debe obligatoriamente brindar su cobertura a la persona con discapacidad afiliada a la misma.” (www.diariojudicial.com.ar, edición del 03.11.2002).



Asimismo, tampoco debemos olvidar que según el Alto Tribunal nacional, “La actividad que realizan las empresas de medicina prepaga queda comprendida en la ley 24.240 (Fallos: 364:677, voto del Dr. Vazquez), criterio que sido seguido invariablemente por los tribunales inferiores, al considerar que “El contrato que regula la prestación del servicio de medicina prepaga -de adhesión, con cláusulas predispuestas, de diferente poder de negociación entre las partes, con posibilidad de presentar desequilibrios- es un contrato de consumo, por lo que queda comprendido dentro del marco regulatorio de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125).” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 15/07/2004 “SPM Sistema de Protección Médica S.A. (Galeno Life) c. Ciudad de Buenos Aires”, La Ley Online, AR/JUR/3693/2004), por lo que corresponde juzgar el caso tomando en consideración no sólo la situación de discapacidad de la actora, sino también su calidad de consumidora, y por tanto los principios de la Ley de Defensa del Consumidor, que particularmente dispone para el caso de duda -aún para el supuesto de concebirla en este caso- hay que estar siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3 y 37).

Es evidente, entonces, la doble debilidad que reviste la actora y a la que se encuentra expuesta. El Superior ha señalado, con cita de la Corte, que “Las personas discapacitadas además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos” (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 1ra., 07/12/2011, “Cuevas, Juan José c. I.A.P.O.S. s/ Amparo”, Acuerdo N° 442, <http://www.justiciasantafe.gov.ar>, con cita de “Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo”, Fallos 331:1449).

La actora también se encuentra amparada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/1064 e incorporados al ordenamiento jurídico Argentino mediante la Ley 26.378. Esta Convención en su art. 25 dispone que: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas



apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud sensibles a las cuestiones de género, incluidos los servicios de rehabilitación relacionada con la salud.”

En síntesis, la demandada no rebatió la opinión de la médica del Cuerpo Médico Forense ni produjo prueba susceptible de desvirtuar sus conclusiones, por lo que a tenor de lo expresado por esa profesional y lo establecido en la normativa y jurisprudencia analizada, que obligan a brindar cobertura total -en el sentido de todas las requeridas por el equipo médico tratante-, cabe concluir que negativa de la demandada a brindarle la cobertura y provisión del medicamento toxina botulínica tipo A (botox) a la actora, en la forma, modalidades y condiciones que le han sido prescriptas por su médico tratante, constituye una omisión de parte de la prepaga que lesiona, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, el derecho a la salud de la actora, en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y art. 17 de la Constitución de Santa Fe, por lo que corresponde hacer lugar a la demanda, con costas a la accionada vencida (art. 17, Ley 10.456).

Se regulan los honorarios -según imposición del art. 257 del CPCC (de aplicación supletoria)- de la Dra. M. M. M. en la suma de \$xx (20 jus arancelarios) y en idéntico importe, en conjunto y en proporción de ley los de los Dres. R. A. M. e I. M. . Ello así, de acuerdo a lo previsto en art. 12 inc. 1) subinc. a) e inc. 8 in fine de la Ley 6767 (modif. Ley 12.851), en atención a la calidad, eficacia, naturaleza y contenido de la cuestión debatida (arg. art. 4 y 5 , Ley 6767). Los estipendios devengarán un interés moratorio equivalente al 6% anual, desde la fecha en que queden firmes y hasta su efectivo pago.

Por lo expuesto, en definitiva;

FALLO:

1) Hacer lugar a la demanda de amparo interpuesta y, en consecuencia, condenar al Instituto Médico Quirúrgico Sanatorio Plaza S.A. a que en el plazo de cinco días hábiles de notificada la presente, brinde a la actora cobertura y provisión de toxina botulínica tipo A (botox), con fines terapéuticos, en la forma, modalidad y condiciones con que le ha sido prescripta por su médico.

2) Imponer las costas a la demandada.



3) Regular los honorarios de la Dra. M. M. M. en la suma de \$ xx (20 jus arancelarios) y en idéntico importe, en conjunto y en proporción de ley, los de los Dres. R. A. M. e I. M. . Los estipendios devengarán un interés moratorio equivalente al 6% anual, desde la fecha en que queden firmes y hasta su efectivo pago. Insértese y hágase saber. (Expte. N° 679/11).-