

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2015.-

**Y VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Las presentes actuaciones fueron remitidas al Tribunal en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que hizo lugar a la queja interpuesta por la parte demandada declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada dictada por la Sala L de esta Cámara.

I.- La parte actora, por vía del presente amparo, solicitó se le otorgue plena cobertura al tratamiento que debe realizarse con el medicamento de denominación Mabthera 500 (RITUXIMAB).

Refiere que se encuentra afiliada a la demandada y que padece lupus eritematoso sistémico más síndrome antifosfolipídico desde el año 1990. En virtud de la enfermedad que padece, la Dra. E., quien es médica del equipo de la demandada, le prescribió que el método más eficaz para atacar este estadio era mediante el suministro de dicho medicamento, fármaco que tiende a mejorar las defensas inmunológicas del plasma sanguíneo, puesto que resulta específico para atacar la acción negativa de los leucocitos B que hacen mermar a las plaquetas. A raíz de dicha prescripción, se dirigió al sector auditoría de la demandada a plantear la necesidad de su suministro, recibiendo al cabo de unos días respuesta negativa. Refiere que luego de la administración de la droga, pudo comprobar sus beneficios, el aumento de plaquetas resultó considerable en lo inmediato y al cabo de un par de meses se encontraban casi en el nivel mínimo, que se referencia como valores normales. Finalmente, señala que en virtud de la enfermedad que padece, en el año 2007 le fue extendido el certificado de discapacidad.

II.- La parte demandada, “Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno” (CEMIC), refiere al respecto que la medicación cuya cobertura reclama la accionante ha sido autorizada por la ANMAT para una patología determinada (Linfoma Folicular No Hodgkin) diferente a la que aquella presenta.

La cláusula 23.6 del Reglamento General de Afiliación al CEMIC -que la actora declaró conocer y aceptar expresamente- dispone que no será cubierto por ningún plan, tratamientos y operaciones que se hallen en etapa experimental y/o en etapa de investigación, es decir no reconocidos por institutos oficiales y científicos. En

otro orden de ideas, aclara al respecto, que las obras sociales no están obligadas a brindar la cobertura de medicación que no se encuentra detallada en el Programa Médico Obligatorio, excepto que su Auditoría Médica evalúe científicamente y autorice otras coberturas. Finalmente, aduce que la ley 24.754 no prevé ni permite que se amplíen en el futuro las coberturas que las obras sociales incorporen, como la ley 24.901, invocada por la amparista. No obstante, se contradice con ello, cuando en otro párrafo de su contestación de demanda, refiere que la Corte ha resuelto en un supuesto similar -donde también resultó demandada su parte- que en el caso de las prestaciones de las personas con discapacidad deben limitarse a las de índole médico asistencial y a las que requiriera su rehabilitación entre las que incluyó la cobertura de medicamentos (“C. P. de N., C. c/ CEMIC s/ Amparo”) (ver fs. 83 vta.).

III.- A fs. 257/64, la magistrada de grado dictó sentencia haciendo lugar a la acción de amparo y ordenando la entrega a la actora de la droga “Rituximab”, sujeto a la prescripción médica y evolución de la paciente y necesidades que se fueran suscitando.

IV.- A fojas 305/11 en virtud de la apelación efectuada por la parte demandada a fs. 268, la Sala L de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la sentencia apelada.

V.- Interpuesto recurso extraordinario, el que fuera rechazado a fs. 350, la demandada interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A fs. 424/26, el máximo tribunal dispuso hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada.

En virtud de lo expuesto, corresponde analizar por este Tribunal los agravios que fueran objeto de recurso por parte de la demandada.

VI.- Se agravia en primer lugar que no se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo. Es oportuno recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, asegura a todas las personas una acción expedita y rápida siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

El “a quo” al dictar el primer auto y dar traslado de la acción -específicamente a fs. 41 párrafo segundo- imprimió trámite sumarísimo al presente proceso. Ello fue cuestionado en ocasión de contestar demanda y luego rechazado el planteo al dictar sentencia por la jueza de grado.

Desde esa perspectiva, no es admisible que la acción deducida en este caso tramite según las disposiciones del juicio de conocimiento ordinario, como se agravia la recurrente, pues ello implicaría una manifiesta restricción de la garantía que se reconoce en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Que en razón de la naturaleza de los derechos de raigambre constitucional cuya protección se pretende, la acción constitucional de amparo, precisamente, se presenta como un derecho-garantía, que opera como un verdadero "instrumento técnico del arsenal procesal más confiable y efectivo, para alcanzar, en el tiempo oportuno, la tutela judicial debida" (ver María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Ed. La Ley, Bs.As., 2003, p. 390).

En ese mismo sentido, Morello destacó que el amparo juega como una alternativa principal y no subsidiaria, de modo que configura una vía procesal directamente operativa que, como tal, funciona sin necesidad de una ley reglamentaria. Considera que sólo en el supuesto de existir otras vías mejores, vale decir más idóneas, eficaces, útiles y efectivas que el amparo, cabe que este sea desplazado. Concluye que esta última alternativa sería siempre excepcional y no el principio o la regla (autor citado, "El amparo, Garantía fuerte. Hacia una interpretación funcional", LL, 2008-A-793).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que "siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo al examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar". Puntualmente, respecto del derecho a la salud expuso: "la acción de amparo es particularmente pertinente en materia relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, por lo que, frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole" (CSJN 330- 4647).

En definitiva, corresponde rechazar el agravio formulado en cuanto a la admisibilidad de la acción de amparo.

VII.- Se agravia también la demandada al indicar que la sentencia no es derivación del derecho vigente y menos razonada de las constancias obrantes en la

causa. Argumenta que el decisorio recurrido centra su fundamentación en la vulneración de derechos constitucionales, cuando el tema a dirimir radica en una cuestión contractual y legal, debiéndose establecer cuál es el alcance de la cobertura médico asistencial que debe brindar la institución demandada a la amparista dentro del marco de lo que fuera pactado entre las partes y lo legalmente impuesto a las entidades que prestan servicios de medicina prepaga en virtud de la ley 24.754.

En función de lo dispuesto por la Corte Suprema en su decisorio, es de entender que este constituye el punto medular de la situación que corresponde dar debido análisis y fundamentación. El máximo tribunal refirió que la sentencia de la Sala L de esta Cámara omitió analizar si la cobertura del medicamento de que se trataba era un mandato obligatorio incorporado al específico plan prestacional de la demandada frente a la demandante (ver fs. 424/427).

En principio, cabe destacar que la actora alegó ser discapacitada acompañando el correspondiente certificado que se encuentra glosado a fs. 224, con vencimiento el 16/05/2009 (cfr. ley 25.904). Es decir que a la fecha se encuentra ampliamente vencido.

Frente a dicha situación, y a requerimiento del Fiscal de Cámara, le fue solicitado para ser adjuntado en el momento de celebrarse la audiencia; sin embargo, no fue acompañado. Ahora bien, con el documento agregado en autos se acreditó la enfermedad que padece actualmente la actora. Con lo cual cabe tener en cuenta que si bien a esta fecha la actora no cuenta con certificado de discapacidad vigente, en el momento de iniciar el reclamo sí lo era.

Expuesto ello, es de señalar que la demandada aduce como fundamento que el Reglamento General al cual se adhirió la actora en ocasión de suscribir su afiliación expresamente dispone que CEMIC brindará las prestaciones adicionadas por la ley 24.754 que instituye la obligatoriedad para las prepagas de brindar el “Programa Médico Obligatorio”. Asimismo, en el punto 23 de dicho reglamento se prevé que no estará cubierto por ningún plan “los tratamientos u operaciones que se hallen en etapa experimental y/o en etapa de investigación, es decir, no reconocidos por institutos oficiales y científicos (inc. 6to.)”.

Por una cuestión de orden metodológico, se analizarán las normas atinentes a esta cuestión.

La ley 23.661, promulgada en enero de 1989, creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud y coloca como principales agentes prestadores del servicio a las

Obras Sociales, las cuáles debían operar dentro de un marco regulatorio supervisado por la Administradora Nacional de Servicios de Salud.

En el año 1995, el Decreto Nacional n° 492, proveniente del Poder Ejecutivo Nacional, estableció en su artículo 1° que los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1 de la Ley N. 23.660, tendrán derecho a recibir las prestaciones médico asistenciales que se establecerán en un programa médico asistencial que será aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social. El programa se denominó "Programa Médico Obligatorio" (PMO) y resultó de imperativa aplicación a todos los agentes comprendidos en aquel artículo de la ley.

El 29 de mayo de 1996 se publicó en el Boletín Oficial, la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social n° 247/96 por la que se aprobó el "Programa Médico Obligatorio" para los agentes de salud comprendidos en el Art.1° de la ley 23.660, el cual describe las prestaciones mínimas y obligatorias para los Agentes del Seguro de Salud.

Esta resolución que aprobó dicho Programa se erigió en el contenido mínimo de requerimientos médico asistenciales que los agentes del seguro de salud deben prestar a sus beneficiarios, ya sea mediante sus propios servicios o a través de terceros contratados y que se refieren a prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico.

Finalmente la ley 24.754, del 2 de enero de 1997, hizo extensiva la obligación a las empresas de medicina prepaga, de cubrir las mismas prestaciones obligatorias que cumplen las obras sociales.

Por su parte, de las constancias obrantes en esta causa es importante considerar el informe suministrado por la Academia Nacional de Medicina, que fuera requerido por la Sra. Procuradora General de la Nación. Dicho informe recalca que: “el rituximab no tiene una indicación primaria en el tratamiento del Lupus Eritematoso, pero ante el fracaso de los tratamientos de primea línea, en cuadros de la gravedad del presente, es razonable intentar otras alternativas terapéuticas fundadas en el conocimiento del mecanismo de acción de otros medicamentos. Este enfoque ha dado lugar a varios estudios clínicos no controlados que sugirieron la utilidad de rituximab en pacientes con LES” (fs. 413/414).

La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) (ver fs. 448/452) fue precisa al informar que el remedio

se encuentra aprobado por esa institución y se lo prescribe para otras enfermedades (Linfoma No- Hodgkin, Leucemia Linfática Crónica, Artritis Rematoidea y Granulomatosis de Wegener y Pollangeítis Microscópica).

El Ministerio de Salud, en su informe obrante a fs. 454/57, dio cuenta de que el PMO vigente es el Programa Médico Obligatorio publicado mediante la resolución nro. 1991/05 (05/01/2006) del Ministerio de Salud y sus modificatorias.

Resulta meollo de la cuestión dilucidar dos cuestiones: primero, si la prestación requerida se encuentra en el PMO, y segundo, si se halla en estado experimental, ya que según la demandada no se encuentra autorizada por la ANMAT para quienes presenten la patología de la actora.

En cuanto a la primera cuestión, es relevante destacar que la circunstancia de no hallarse en el Programa Médico Obligatorio no puede servir de argumento para desechar su aplicación, puesto que, como se expresara, el mismo constituye una serie de prestaciones básicas pero de ningún modo implica la imposibilidad de abarcar otro tipo de requerimientos que no se encuentren incluidos. Como dato relevante, cabe señalar que la última actualización data de enero del año 2006, con lo cual, resulta ilógico pensar que la medicina no hubiese evolucionado durante casi una década. La interpretación de la norma es clara en el sentido de proveer una adecuada cobertura de salud a los individuos, pero no puede servir como una valla a su protección. Determinar que aquello que no este incluido en el PMO no puede ser objeto de obligación de prestación es darle una interpretación errónea de la norma y desnaturalizar sus principios.

Puesto que si no se actualizan los criterios de cobertura eso implicaría que con los años quedarán sin cobertura prestaciones básicas que por el grado de evolución científicas serían prioritarias. De esa manera violentaría el espíritu de su sanción contrariando los elementos que sirvieron para su dictado, que fue dar una adecuada protección en materia de salud. Ahora bien, considerar que solo se cubrirá aquello normado en el PMO y en tanto el mismo no está actualizado, claramente provoca a los pacientes estar en peores condiciones que si no existiera dicho programa.

En definitiva, sin perjuicio de que el medicamento no se encuentre contemplado en el Programa Médico Obligatorio, lo cierto es que la demandada en sus agravios no cuestionó que el resultado obtenido fue francamente favorable para la salud de la parte actora, sino que se limitó a cuestionar sus resultados en orden al carácter experimental del medicamento.

La ejecución de la prestación médica debe satisfacer el piso mínimo que establece el PMO y es más, con las metodologías y técnicas actualizadas al momento de la prestación del servicio. El Programa Médico Obligatorio constituye un límite inferior del universo de prestaciones exigibles y no su tope máximo.

Justamente por ser un contrato de servicios de larga duración como los que caracterizan a esta nueva economía, todo avance científico y tecnológico debe ser incorporado. (cfr. Ghersi, Carlos A., "La postmodernidad jurídica. Los contratos interempresarios de mediano y largo plazo. Un problema para el siglo XXI", LL 1998-III-871).

Hoy en día aparecen nuevos tratamientos o recursos terapéuticos más eficaces que tienen que ver con esa constante evolución que sufre la medicina y que debe considerarse. También la expectativa de vida es distinta, aparecen nuevas enfermedades, el equipamiento tecnológico cambia. Aquello que fue adecuado al momento de la contratación, con el tiempo pasa a ser obsoleto (cfr. Lorenzetti, Ricardo, "Empresa médica", 1998, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Esto hace que en este tipo de vínculos las obligaciones contractuales no puedan permanecer inmutables; la vida de los contratos, no es lineal ni inalterable, en especial en tiempos de acelerados cambios que hacen que aquello que pactaron las partes o no previeron deba adaptarse a las nuevas realidades (cfr. Morello, Augusto M., "Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias", LL del 25/8/1998).

Si bien es cierto, que el reglamento general prescribe la cobertura al 100 % de tratamientos previstos en el PMO exclusivamente con receta del profesional de la institución y provista en la farmacia de CEMIC (punto 24.4), también lo es que el mismo debió ser actualizado periódicamente a los fines de no contrariar el sentido de la norma que inspiró su sanción. Con lo cual, si en los últimos diez años no se han renovado esas prestaciones no debe ser en desmedro del paciente. En consecuencia, teniendo en cuenta la mutabilidad de los contratos cuando se trata de cuestiones médicas y por otro lado, que no existe una actualización razonable, lo lógico es tener un criterio amplio acerca de las prescripciones autorizadas en el PMO.

Hoy se transita hacia un modelo jurídico de principios y no de reglas, y "cada día va a ser más difícil legislar sobre la base de reglas determinadas, la ciencia avanza vertiginosamente y debe incorporar los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales" (Cfr. Chaumet,

Mario “El Estado Constitucional y el Derecho Privado”, en la obra *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, homenaje al Profesor Caldani, Miguel Angel Ciuro, Directores: Alterini, Atilio y Nicolau, Noemí, Ed. La Ley 2005, pág. 29).

Por otra parte, a partir de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), que asigna tal calidad a los tratados que enumera. Entre ellos, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. En el mismo sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. A su vez, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los Estados partes deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deben figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

También, es de destacar los arts. 4° y 5 ° de la Convención Sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- y art. 6to. inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva. En procura de la consecución de los mismos fines, el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, establece -en cuanto aquí resulta pertinente entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. De este modo, al ser el derecho a la salud receptado explícita e implícitamente en el texto de nuestra Constitución (arts. 33 y 42) y en los tratados de derechos humanos a ella incorporados, el mismo queda comprendido dentro

de los derechos de jerarquía constitucional. También se debe mencionar en el mismo sentido, la ley de Derechos del Paciente (nro. 26.529).

Como derivación razonada de estas disposiciones, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, viene a plasmar en sus normas este derecho constitucional (ver arts. 17, 56, 58 y cctes.).

Se inspira en la construcción de una esfera de la individualidad personal, inscribiéndose la norma en una fuerte tradición humanista. Toma muy en cuenta los Tratados en general, en particular los de Derechos Humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

En este aspecto “innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales...Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado” (Cfr. Lorenzetti, Ricardo, L. “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial de La Ley 06/10/2014, LA LEY 2014-E, 1243).

En este mismo orden de ideas, no es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, respecto de la cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Corte Suprema, Fallos: 323:3229).

El pretexto que determinados medicamentos no se encuentren incluidos en el contrato, no puede ser óbice para el avance de la ciencia médica, que en este caso no está correlativamente reflejado por las actualizaciones de los programas médicos obligatorios.

La Corte Suprema dispuso en un supuesto similar que “la circunstancia de que la enfermedad que padece la actora –esclerosis múltiple- no esté cubierta por la Dirección de Política de Medicamento de la Provincia de Buenos Aires, no puede redundar en un perjuicio directo para ella, pues al privarla de la asistencia sanitaria que la Constitución provincial le garantiza, se toleraría una desigualdad respecto de otras personas en similar situación, pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las normas constitucionales y legales vigentes” (“O.,S.B. c/ Provincia de Buenos Aires y otros” Fallos 328-1708).

VIII.- El siguiente argumento defensivo de la recurrente se centra en que dicha droga resulta un tratamiento experimental y por ende, vedado su cobertura de conformidad a lo que expresamente surge del Reglamento de Afiliación al CEMIC. Ahora, si bien existen numerosos antecedentes jurisprudenciales respecto de la viabilidad de las drogas experimentales en diversos tratamientos (CSJN “S., L. c/ O.S.P.J.N”, 26/03/2009 fallos 332-627 considerando VI in fine-, Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, 26/05/2009 “V., H. H c/ Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos”) no se comparte el criterio del recurrente de que la droga aplicada sea de carácter “experimental”.

Por otro lado, la Corte Suprema ha dicho que “el carácter experimental del procedimiento está matizado, en este contexto especial, por dos elementos: la respetabilidad científica y el ajuste a las pautas de la autoridad de aplicación sanitaria” (Fallos 310- 112).

Ahora bien la categoría “experimental” de un tratamiento constituye “un estudio sistemático que sigue en todo las pautas del método científico en seres humanos voluntarios, realizado con medicamentos y/o especialidades medicinales. Tiene como objetivo descubrir o verificar los efectos y/o identificar las reacciones adversas del producto de investigación y/o estudiar la farmacocinética de los principios activos, con el objetivo de establecer su seguridad y eficacia” (Cfr. Buenas Prácticas Clínicas. Documento de las Américas. IV Conferencia Panamericana para la armonización de la Reglamentación Farmacocinética, República Dominicana, marzo 2005, Cap. I, Organización Panamericana de la Salud).

En el caso concreto de autos, el tratamiento prescripto no resulta “experimental y/o en etapa de investigación”.

En primer lugar, el mismo constituye un medicamento aprobado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) (fs. 448/52), es decir, no se trata de una droga prohibida por el ente de control.

En segundo lugar, el informe suministrado por la Academia Nacional de Medicina dio cuenta que si bien no tiene una indicación primaria, se lo ha suministrado ante el fracaso de tratamientos anteriores.

Finalmente, como tercer fundamento, es de señalar que el tratamiento fue prescripto por el médico tratante que pertenece al equipo de la demandada, quien obviamente, habrá evaluado la conveniencia de su administración según las características del paciente y el grado de fracaso de las alternativas suministradas en

primera línea. Dicha profesional, en ningún momento dio cuenta que el mismo era de carácter experimental, ni tampoco fue probado por la recurrente dicha alegación. Inclusive la demandada, no negó la idoneidad de ese tratamiento, y solo se limitó a cuestionar la viabilidad contractual de su reclamo.

Es decir, la demandada, no ha evidenciado razones de índole científicas que demuestren que la medicación solicitada no es la adecuada. Más aún una institución de prestigio como la Academia Nacional de Medicina avaló su utilización e incluso dio pautas de su aplicación, puesto que claramente propició su uso ante los supuestos de gravedad al ser razonable intentar otras alternativas terapéuticas fundadas en el conocimiento del mecanismo de acción de otros medicamentos.

En ese contexto, si el medicamento fue especialmente recomendado por el médico a cargo de su tratamiento, el mismo tiene un elevado costo económico y la demandada no ofreció ni produjo pruebas que demuestren la inconveniencia de aplicar a la paciente el medicamento indicado por el médico, debe otorgarse supremacía al derecho a la salud de la paciente, permitiendo el tratamiento de la enfermedad que padece según la expresa prescripción médica (Cfr. CNCiv. y Com. Federal, 08/02/2011 “I. C. c/ Medicus S. A. s/ sumarísimo”).

No comparte el Tribunal que el medicamento Rituximab fuera experimental por la sola circunstancia de que el mismo no se encontrara indicado como tratamiento primario para la patología de la actora.

El contrato que vincula a las partes, esto es el Reglamento de Afiliación que se encuentra agregado a fs. 77, es claro en el punto 19 en lo que concierne a los medicamentos que cuentan con cobertura. Luego, en el art. 23, determina los que se encuentran excluidos, que son los experimentales y/o en etapa de investigación.

Finalmente, en el punto 24 refiere que gozará de cobertura total los medicamentos previstos en el PMO. Considerando lo analizado en este decisorio no puede considerarse, en función de lo que surge de dicho instrumento, que el medicamento (Rituximab), carezca de cobertura. Es decir, no se trata de un medicamento “experimental y/o en etapa de investigación” y también, la formulación de los medicamentos previstos en el PMO debe ser con un criterio amplio y actualizado de acuerdo a los avances científicos, que en estos diez años transcurridos desde la última actualización no son pocos (ejemplo de ello lo tenemos en el by pass gástrico, las nuevas técnicas en fertilización asistida, entre otros).

IX.- Asimismo, a fs. 439, esta Sala dictó como medida para mejor proveer una solicitud a la Academia Nacional de Medicina a los efectos que informe si la enfermedad que padece la actora tiene una prevalencia en la población igual o inferior a una en dos mil personas, comúnmente llamadas “Enfermedades Poco Frecuentes” (EPF). Dicho informe fue contestado en forma afirmativa a tenor de las cifras allí establecidas. En consecuencia, cabe considerar también la aplicación al caso de autos de la ley 26.689, que tiene como objeto “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 (Artículo Primero). En su artículo tercero prescribe, entre sus objetivos, “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, en el marco del efectivo acceso al derecho a la salud para todas las personas”.

Con posterioridad al dictado de la medida de fs. 439 se dictó la reglamentación de dicha normativa decreto 794/2015 (11/05/2015) disponiendo que “quedan expresamente alcanzados por la ley nro. 26.689, “las empresas de Medicina Prepaga definidas en el art. 2do. de la ley 26.682 y su modificatoria” (artículo sexto).

Lo expuesto hasta aquí es categórico en cuanto a que siendo el “Lupus Eritematoso Sistémico con Síndrome Antifosfolipico” una enfermedad poco frecuente cuenta con apoyo normativo en el tratamiento de la misma a los fines de mejorar la calidad de vida de las personas que la padecen, entre los cuales se encuentra la utilización de aquellos medicamentos necesarios para cumplir ese objetivo.

X.- Finalmente, en la especie, resultan aplicables las disposiciones legales emergentes de la ley 24.240 (to Ley 26361), como bien aduce la magistrada de grado. Desde dicha perspectiva se señala que el vínculo jurídico entre la empresa de medicina prepaga y el afiliado (usuario o consumidor) constituye una relación de consumo conforme con la definición que brinda el art. 3 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361.

Los consumidores o usuarios se encuentran protegidos por el art. 42 de la Constitución Nacional implementados en los arts. 5 y concs. de la ley 24.240. A ello debe sumarse la recepción normativa de estos contratos en el actual Código Civil (arts. 1092 y ccdtes.) cuya aplicación al caso de autos resulta de forma inmediata de conformidad con lo que dispone el art. 7 de ese cuerpo legal.

XI.- En conclusión, este Tribunal evalúa no solo las características del contrato celebrado entre las partes, sino que también tiene en cuenta el estado de salud

de la actora. No puede dejarse de señalar que el principio de integralidad de la prestación asistencial constituye una regla básica, debiendo ser ejecutada del modo más eficaz e idóneo y satisfacer condiciones mínimas acordes con las exigencias y desarrollo evolutivo de la ciencia médica en un determinado momento histórico y en relación con la situación particular de cada enfermo. La prestación asistencial entraña en sí misma la obligación de utilizar metodologías y técnicas actualizadas y con recursos tecnológicos adecuados y que muchas veces pueden exceder la estricta literalidad de los términos del PMO (cfr. Weingarten, Celia “Los nuevos temas de salud. Obesidad y desafíos jurídicos” publicado en Suplemento de Actualidad de La Ley 23-2- 2006).

La actora debió entender o haber entendido razonablemente que el sistema de medicina prepaga estaba destinada a socorrerla, a auxiliarla, a garantizarle toda la atención médica necesaria en el supuesto de enfermarse... nadie se afilia a esta clase de sistemas por problemas menores, sino para cubrir el riesgo de enfermedades serias y de alto costo. Toda persona recurre a este tipo de cobertura con la esperanza razonable de no necesitarlo, pero para cubrir la eventualidad de afecciones importantes que si ocurren, no se hallarían en condiciones económicas de afrontar... Es evidente que quien contrata -sobre todo ignorante de los avances científicos- espera ser asistido en un futuro con las mejores técnicas que existan en ese momento, y no con las conocidas al tiempo de contratar (voto en disidencia del Dr. Kiper in re "P. de M. I., J. v. Asociación Civil Hospital Alemán", 20/02/1998).

Siguiendo esta línea argumental, y conforme el análisis del contrato suscripto oportunamente por la actora con la demandada, es de resaltar la ley 26682, art. 8vo., que establece el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga. Dispone “que los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la autoridad de aplicación”. Si bien dicha norma fue dictada con posterioridad a la afiliación de la actora, lo cierto es que esta disposición dio el marco normativo al cual deben someterse los contratos de afiliación a las empresas de medicina prepaga, lógico es concluir, entonces, que el objetivo primario será la integralidad de las prestaciones en materia de salud y que los contratos no pueden servir para cercenar el bien más valioso del ser humano que es la protección de ésta. Actualmente, la demandada no podría imponer un contrato de afiliación con cláusulas predisuestas sin que el organismo de control estatal apruebe su contenido.

En definitiva, todos tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 42 de la Constitución Nacional y art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por los fundamentos expuestos precedentemente el Tribunal **RESUELVE:** 1) Confirmar la sentencia de fs. 257/64. 2) Con costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

A efectos de conocer en los recursos interpuestos a fs. 269 y 270 contra las regulaciones de honorarios efectuada en primera instancia, se tendrá en cuenta la naturaleza del proceso, su complejidad jurídica, resultado obtenido, etapas cumplidas, mérito de la labor profesional apreciado por su calidad y extensión, importancia del asunto para las partes y lo previsto por los arts. 6, 7, 9, 37 y ccs. de la ley 21.839 –t.o. ley 24.432–.

Bajo tales pautas y por haber sido apelados solo por bajos y no serlos, se confirman los honorarios establecidos a favor del Dr. J. L. B. y por ser reducidos se elevan los fijados al Dr. J. I. F., apoderado de la demandada, a la suma de dos mil pesos (\$ 2.000).-

Por las actuaciones cumplidas ante la alzada, se establece la retribución del Dr. J. I. F. en la suma de seiscientos pesos (\$ 600).- Regístrese y notifíquese. Cumplido comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013 CSJN). Oportunamente devuélvanse las actuaciones. Fdo. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.