

## Medida Cautelar Innovativa Características

JURISPRUDENCIA MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. Características Se confirma la resolución que rechazó una medida cautelar innovativa, por no estar configurados los requisitos necesarios para el dictado de la citada medida excepcional. Rosario, 16 de diciembre de 2015. Y VISTOS: Los presentes autos caratulados "Podio Héctor Bautista c/ I.A.P.O.S. s/ Recurso de Amparo", Expte. N° 271/15, venidos a despacho para resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 129/138 contra la Resolución N° 1428 de fecha 30 de junio de 2015 (fs. 127/128), y demás constancias de autos. Y CONSIDERANDO: 1. Breve síntesis del caso. La actora interpuso acción de amparo -y medida cautelar innovativa- tendiente a que el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (IAPOS) declare la nulidad de la decisión unilateral y arbitraria dispuesta, y por la cual se rechazó prestar la cobertura del cien por ciento del tratamiento de Radioterapia de Intensidad Modulada, afectándose de este modo su derecho a la salud. Relató que el Sr. Podio padece un tumor cerebeloso y que por ello el médico tratante le prescribió como mínimo 6 semanas de radioterapia de intensidad modulada para "limpiar" la zona del lecho del tumor. Dijo que dicho tratamiento era recomendado no sólo por la zona de la lesión y la fragilidad de la misma, sino porque además permite aplicar mayor intensidad de rayos en la zona donde se encuentran los tejidos dañados y preservarlos sanos. Al respecto, elaboró un extenso análisis sobre el tratamiento de Radioterapia de Intensidad Modulada y las ventajas que aportaría su aplicación al paciente. Sin perjuicio de ello, manifestó que en fecha 29/04/15 solicitó la correspondiente práctica médica al IAPOS, por medio del formulario de autorización de beneficios especiales, sin obtener una respuesta favorable atento a que el auditor de dicho ente de salud no autorizó el tratamiento sugiriendo la utilización de radioterapia tridimensional. Así, expresó que la demandada se negó a brindar el tratamiento solicitado con solo siete líneas escritas a mano con letra ilegible y sin fundamentar la denegación de la práctica oncológica. Finalmente, requirió la sanción de una medida cautelar innovativa solicitando que hasta tanto no se dicte sentencia definitiva, se ordene al IAPOS a que autorice el 100% de todos los gastos que demande el tratamiento de Radioterapia de Intensidad Modulada. La demandada negó los hechos afirmados por el actor que no fueron expresamente reconocidos por su parte. Asimismo, dijo que el rechazo a la prestación pretendida no resultó arbitraria ni caprichosa ya que determinar un correcto diagnóstico permitiría evaluar el correspondiente tratamiento debido a que los distintos grados de la patología requieren de diferentes terapéuticas. En tal sentido, expresó que los protocolos para tratamientos oncológicos son discutidos por el Comité de Expertos de la Provincia de Santa Fe, quien luego de analizar los estudios efectuados a nivel mundial, aprueban los protocolos a utilizarse en toda la Provincia que luego son utilizados por el IAPOS. Destacó, que en el caso del actor la evaluación del Auditor de Oncología establecía que el paciente tenía diagnóstico de "carcinoma renal en estadio IV, presentando enfermedad metastásica en cerebelo", por lo cual el grado de complejidad de la patología, hace que el tratamiento requerido no encuadre dentro de los protocolos de tratamiento reconocidos. Manifestó que su parte debe administrar servicios médicos para sus afiliados, con los recursos aprobados anualmente por la Ley de Presupuesto Provincial, encontrándose obligada a garantizar los servicios médicos asistenciales comprendidos en sus planes de salud, elaborados acorde a su presupuesto de gastos y recursos. En este punto, dijo que no debería obligársela mediante acciones de amparo a asumir coberturas de cualquier petición que lógicamente exceden el marco prestacional, porque al darle a algunos a consecuencias de que accionan legalmente conlleva necesariamente a postergar a otros que en iguales o peores condiciones no lo hacen. Por último, concluyó que la medida cautelar solicitada era coincidente con el objeto de la acción de amparo por lo que admitirla sin analizar los argumentos invocados por su parte implicaría substraer de materia al juicio. Mediante Resolución N° 1428 de fecha 30 de junio de 2015 (fs. 127/128) el juez de grado resolvió "...1. Desestimar, con costas en el orden causado, la medida cautelar solicitada. 2. Disponer, para el caso que el actor decida someterse a la radioterapia de intensidad modulada, que la accionada deberá hacerse cargo proporcionalmente de su costo hasta el valor que tiene asignado para el tratamiento convencional...". Para así decidir consideró que "...la tutela cautelar solicitada coincide con el objeto de la pretensión principal que motoriza este amparo (...) Ello determina que en el examen de los requisitos de la cautelar debe extremarse aún más el rigor, justificándose una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (...) Así las cosas, se considera que la dilucidación del tema en debate desborda, en este particular estadio del proceso, el marco de conocimiento propio de las medidas cautelares y requiere de mayor actividad probatoria que permita determinar cuál de las dos posturas es la más propicia para lograr un efectiva tutela de los derechos en juego (...) Y así, frente a la prescripción del médico tratante se erige la posición de la accionada que también reconoce fundamentos médicos apoyándose en los protocolos elaborados para el tratamiento de enfermedades oncológicas y en la opinión del médico auditor, concluyendo que, en razón del grado de avance de la enfermedad, no corresponde el procedimiento de IMRT sino la radio terapia tridimensional

conformada. En tales condiciones no aparece perfilada, con el grado de nitidez que una cautelar como la examinada exige, la necesaria verosimilitud del derecho...?. Asimismo, destacó que no se trataba de un supuesto de no cobertura prestacional. 2. Contra dicho pronunciamiento se alzó la actora. En primer lugar se agravia porque el judicante de baja instancia consideró que la cautelar solicitada tenía plena coincidencia con la pretensión principal del amparo. Al respecto dice que ello no es así puesto que su parte no pretende un anticipo de sentencia de amparo favorable sino que hace uso de la medida cautelar innovativa ya que es el único medio idóneo ante la inminencia de peligro irreparable por la patología del cáncer. Manifestó que entender que el objeto de la cautelar debe ser distinto al objeto del amparo es irrisorio. Aclaró que siempre ese objeto va a coincidir, total o parcialmente, con lo peticionado en la causa principal, ya que de lo contrario, se desnaturalizarían los fines de las medidas cautelares. En segundo término se queja por cuanto el sentenciante entendió que no resultaba totalmente clara la verosimilitud del derecho para que resultara admisible la medida cautelar. En este punto, sostiene que si existe *¿fumus bonis iuris?* dado que en virtud de las normativas constitucionales citadas el paciente tiene el derecho a que la demandada le garantice el derecho a la vida y a la salud. Además, dice que la cautelar debe ser admitida sin dilación ya que lo que está en juego es la vida y la salud del actor. En tercer lugar ratifica la existencia de peligro en la demora e irreparabilidad del daño. Al respecto, argumenta que de los informes médicos agregados a fs. 4 a 69 se advierte con claridad que en caso de no adoptarse la medida cautelar solicitada, la actora corre riesgo en su vida. Relata que la necesidad del tratamiento solicitado surge de la gravedad del diagnóstico médico y de la razonable neutralización de la eventualidad de un agravamiento en el estado de salud del accionante. 3. Cabe adelantar que el recurso interpuesto no ha de prosperar. Se considera necesario realizar una serie de consideraciones preliminares a los fines de otorgar mayor claridad al presente decisorio. Reiteradamente este Tribunal ha recordado que la medida cautelar innovativa *¿es una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado; la medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor?* (Peyrano, Jorge W., *¿Medida cautelar innovativa?*, Depalma, Bs. As., 1981, p. 21). Más recientemente el mismo autor, en su trabajo *¿Medida Cautelar innovativa, balance de situación ajustes. Nuevos Horizontes?*, vuelve a advertir sobre el carácter excepcional de esta medida cautelar no recepcionada por el derecho planificado provincial. *¿Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras, no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (vgr., embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.), ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente?* (JA, t. 1995IV, p. 681). Este Tribunal trajo a la memoria en reiteradas oportunidades las recomendaciones del Congreso de Derecho Procesal de 1979 según el despacho de la comisión presidida por Augusto Mario Morello que reiteró el Congreso celebrado en 1995 en la que se dejó sentado que *¿...para la sanción de una medida cautelar innovativa no basta con la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, lo que sería suficiente para decretarla si se la ubicara dentro de la prohibición de innovar, sino que, por el contrario, exige recaudos propios...?* (Ponce, Carlos J., *¿Precisiones sobre la medida cautelar innovativa, en Sistemas cautelares y procesos urgentes?*, en *¿Revista de Derecho Procesal?*, t. 20092, ps. 161 y ss.). A su vez se aclaró que, no obstante que muchas veces se canalice a través de una medida innovativa, la denominada *¿anticipación de tutela?* exhibe una gravedad todavía mayor: concretamente, se está adelantando parte o todo de aquello que será objeto de la pretensión principal misma. En estas condiciones, no resulta extraño que los habituales requisitos de verosimilitud en el derecho invocado por el peticionante y peligro en la demora, reclamen una carga de justificación en la argumentación o, en otras palabras, una exhaustiva motivación tanto por parte del pretensor cuanto del juez que ordena su despacho, y no sólo respecto de las premisas normativas sino también de las fácticas. Sin perjuicio de lo señalado, y conforme lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la medida cautelar se intenta contra la administración pública, es menester demostrar prima facie la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto cuestionado especialmente en los casos donde se pretende la declaración de inconstitucionalidad y/o nulidad de una norma general. Cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia, a diferencia de la de EE.UU., ha adoptado respecto a los actos del poder público, la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo, y aún del ejecutivo, lo que supone la presunción de racionalidad (v. Linares, Juan F. "Razonabilidad de las leyes", Bs. As., ed. Astrea, 1970, p. 213 y 136). Esto implica que la doctrina y la jurisprudencia hayan extremado el criterio restrictivo en la aplicación de una medida cautelar, cuando la misma implique la suspensión de un acto del poder público. Ampliar su ejecutividad conlleva un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces. Teniendo en consideración lo expuesto, y luego de un determinado análisis de las actuaciones, cabe señalarse que este Tribunal comparte el criterio asumido por el juez de grado en cuanto a que en el caso no resultaría prudente admitir la medida cautelar solicitada por no encontrarse demostrado la necesaria e indiscutible verosimilitud del derecho invocado por la actora. Es que no obstante la seriedad y solvencia de los argumentos vertidos por la apelante en lo que respecta al fondo de la acción, en materia de medidas cautelares el criterio resulta

estrictamente restrictivo -conforme se refirió en los considerandos precedentes. Como bien lo indicó el judicante de grado, ?...frente a la prescripción del médico tratante se erige la posición de la accionada que también reconoce fundamentos médicos apoyándose en los protocolos elaborados para el tratamiento de enfermedades oncológicas y en la opinión del médico auditor, concluyendo que, en razón del grado de avance de la enfermedad, no corresponde el procedimiento de IMRT sino la radio terapia tridimensional conformada. En tales condiciones no aparece perfilada, con el grado de nitidez que una cautelar como la examinada exige, la necesaria verosimilitud del derecho...?. De este modo, surge que la verosimilitud en el derecho a la que hace referencia la actora en su pieza recursiva -que requiere el libramiento de toda medida cautelar en especial ésta que se refiere a una medida innovativa- no resulta demostrada de manera indubitable a criterio de este Tribunal como para admitir sin más la medida cautelar solicitada. Por otro lado, cabe indicarse en relación al peligro en la demora y el agravio irreparable -al que la apelante hace mención-, que más allá de invocarlo de modo inevitable, no especificó de manera concreta en que consistiría el mismo. Quiere decirse, que la recurrente no ha indicado de modo preciso -como requiere el caso- cuales serían los perjuicios que específicamente padecería el actor si no fuera dictada la medida cautelar y tuviera que esperar la sentencia definitiva. En este sentido, corresponde decir que al no haberse acreditado de modo inequívoco la verosimilitud en el derecho invocado por la actora, tampoco resulta fácil establecer o conjeturar cual sería el daño irreparable que se derivaría por la falta de prestación del tratamiento requerido por el accionante. Dicho en otros términos, los habituales requisitos de verosimilitud en el derecho invocado por el peticionante y peligro en la demora reclaman una carga de justificación en la argumentación o una exhaustiva motivación por parte del pretensor, y no sólo respecto de las premisas normativas sino también de las fácticas. En definitiva, el caso en estudio no puede ser resuelto de modo cautelar con los elementos propios de este estadio procesal sino que, al igual que lo entendido por el juez de grado, se necesitará analizar las pruebas que produzcan las partes para así tener una preciso conocimiento de una serie de elementos fácticos y técnicos indispensables para alcanzar una decisión suficientemente fundada y razonable. Por último, y teniendo en consideración la sensibilidad del caso que nos ocupa, se estima apropiado exhortar a todas las partes intervinientes a que transiten con la mayor celeridad posible el procedimiento previsto en la ley 10.456. Seguidamente, dijo la Dra. Lotti: Habiendo tomado conocimiento de los autos, y advirtiendo la existencia de dos votos coincidentes en lo sustancial, que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10.160). En consecuencia, la Sala tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, integrada; RESUELVE: 1. No hacer lugar al recurso interpuesto. Insértese y hágase saber. (?Podio Héctor Bautista c / I.A.P.O.S. s / Recurso de Amparo?, Expte. N°) 271/15 CÚNEO CHAUMET LOTTI (ART. 26 L.O.P.J)

Nota: (\*) Sumarios elaborados por Juris online.

005826E