

Medidas Cautelares Obras Sociales Suministro De Medicamentos Medicamentos Oncologicos Derecho A La Vida Derecho A La Salud

JURISPRUDENCIA

Medidas cautelares. Obras sociales. Suministro de medicamentos.

Medicamentos oncológicos. Derecho a la vida. Derecho a la salud Se ordena cautelarmente a una obra social la cobertura integral del tratamiento oncológico prescripto por el médico de un establecimiento asistencial distinto al propuesto por la demandada, al tratarse de un centro especializado en la patología, de reconocida trayectoria, en el que el peticionante se atiende desde hace muchos años, de manera que resulta importante conservar la relación médico-paciente ante el delicado estado de salud presentado. Ciudad de Buenos Aires, 7 de julio de 2017. Y VISTOS; CONSIDERANDO: I. Que J. G. inició la presente acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -en adelante, ObsBA- para que se le ordene la provisión de medicación oncológica y la cobertura del tratamiento que le fue indicado en el Instituto de Oncología ?Ángel H. Roffo? (fs. 1). Relató que padece adenocarcinoma de recto y que, desde el mes de enero del año 2006, se atiende en el referido instituto de oncología en donde le han realizado, entre otras cosas, quimioterapia y radioterapia (fs. 1 y vta.). Explicó que a mediados del año 2012, en ocasión de una intervención quirúrgica de próstata, se le detectó recidiva local de cáncer del recto, por lo que fue medicado con capecitabina 500 mg. Agregó que comenzó a ingerir el referido fármaco en octubre de 2012 y que lo tomó por cincuenta (50) ciclos. Destacó que, en la actualidad, su patología progresó a nivel pulmonar y que la médica A. A., del referido instituto, le prescribió panitumumab 100 mg (Vectibix; fs. 1 vta.). Informó que solicitó a la demandada la cobertura de la medicación oncológica recetada pero aquella se negó a brindarla. Señaló que la mencionada obra social le indicó que debía concurrir al Sanatorio ?Dr. Julio Méndez? o bien al Instituto ?Henry Moore? (fs. 1 vta.). Añadió que consultó a un médico del Sanatorio ?Dr. Julio Méndez?, quien, luego de una evaluación con estudios actualizados, le prescribió un tratamiento diferente al propuesto por su médica tratante, la Dra. A. (fs. 2). Afirmó que por encontrarse en riesgo su salud y su vida, intimó a la obra social demandada para que le brinde la cobertura la medicación recetada por su médica tratante pero la ObsBA ponderó en mayor medida los costos por sobre su vida (fs. 2). En este contexto, peticionó como medida cautelar la urgente cobertura de su tratamiento oncológico en el Instituto Oncológico ?Ángel H. Roffo? y la provisión total de la medicación que se le ha prescripto, esto es, panitumumab 100 mg (Vectibix; fs. 4). II. Que a fin de contar con mayores elementos para resolver, se requirió a la Dra. A. A. del Instituto de Oncología ?Ángel H. Roffo? que proporcione información respecto del estado de salud del actor, de sus antecedentes clínicos, los tratamientos realizados en el referido instituto y el tratamiento que se indicó en esta oportunidad. A fs. 54 luce agregada la respuesta de la profesional. Finalmente, pasaron los autos a resolver (fs. 55) III. Que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. doct. Fallos: 323:337 y 329:5160, entre otros). La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia (conf. arg. art. 177, CCAyT) y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, lo cual permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica (conf. Fallos: 330:1261). La ley 2145 regula los supuestos que hacen a la admisibilidad de las medidas cautelares en los siguientes términos: ?[e]n las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud en el derecho, b) Peligro en la demora, c) No frustración del interés público, d) Contracautela suficiente? (art.15, tercer párrafo, ley 2145). Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud (conf. Fallos: 330:5226). Asimismo, la verificación de la concurrencia del peligro en la demora requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (conf. Fallos: 329:5160). Mediante su dictado se busca asegurar que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre el inicio del proceso y el dictado de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo VIII, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 4/7). Asimismo, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación enseña que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (conf.

Fallos: 329:4161). IV. Que en respuesta al oficio librado por el Tribunal, la Dra. A. A. informó que el señor J. G. es un paciente de ochenta y seis años (86) de edad, con diagnóstico de cáncer de recto desde el año 2006, fecha en la que ingresó al Instituto de Oncología ?Ángel H. Roffo? a fin de realizar un tratamiento de radioterapia y quimioterapia. También indicó que en el año 2006 se le realizó una cirugía de Miles cuya anatomía patológica informó adenocarcinoma y que, paralelamente, se le diagnosticó posible fibrosis pulmonar, cuyo control comenzó en el año 2007 (fs. 54). A su vez, la profesional señaló que en el mes de octubre de 2012 se constató en el paciente una recaída local no quirúrgica por lo que se le prescribió un tratamiento con quimioterapia ?según esquema de Capecitabina 2000mg/m² día 1 a 14 cada 21 con respuesta a dicho tratamiento hasta septiembre de 2016. Con una sobre vida libre de progresión de cuatro (4) años? (fs. 54). Asimismo, señaló que en tomografía de tórax se evidencian ?nuevos nodulillos pulmonares y por Resonancia pelviana recaída local? (fs. 54). Añadió que como intercurencia tuvo una internación por sepsis a foco urinario y arritmia y que se le realizó resección local en lecho quirúrgico por absedación (fs. 54). La Dra. A. destacó que por progresión de la enfermedad en un paciente con comorbilidades, de ochenta y seis (86) años de edad y kras no mutado ?se decidió tratamiento según esquema de panitumumab (vectibix) 6mg/kg día y 14 cada 28 días, esquema efectivo en segundas líneas de tratamiento y baja toxicidad sistémica? (fs. 54). V. Que es oportuno recordar que el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (conf. dictamen de la Procuración General, al que se remitió la C.S.J.N. en ?Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta?, 18/12/2003, Fallos: 326:4931). Ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (conf. autos ?Saguir y Dib?, 06/11/1980, Fallos: 302:1284). 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 (conf. Fallos: 331:453, entre muchos otros). Es que, la vida de las personas constituye un bien fundamental cuya protección resulta imprescindible para el goce de los demás derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en forma expresa. La íntima relación existente entre el derecho a la vida, a la salud y el principio de la autonomía personal fue puesta de manifiesto por el Máximo Tribunal federal en numerosas ocasiones (vgr. ?Asociación Benghalensis?, 01/06/2000, Fallos: 323:1339), que, a su vez, ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas (conf. doct. ?Campodónico de Beviacqua, Ana Karina c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas?, 24/10/2000, Fallos: 323:3229). El derecho a la salud se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c), la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4 y 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1). En el orden local, el derecho a la salud se encuentra ampliamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde expresamente se establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria, y en la ley básica de salud 153, que tiene por objeto garantizar ?el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin? (art. 1, ley 153). VI. Que, así las cosas, la verosimilitud en el derecho se encuentra acreditada, en este estado del proceso y con la provisionalidad propia de las medidas cautelares, a tenor de lo informado por la Dra. A., especialista en la materia según sello profesional y quien sería la médica tratante del señor G. desde que detectó su patología en el año 2006. En efecto, de la reseña realizada por la galena se desprende desde aquél año se le habrían realizado diferentes tratamientos en el Instituto de Oncología ?Ángel H. Roffo? para contrarrestar su enfermedad y que, en razón de los últimos hallazgos, por progresión de la enfermedad en un paciente con comorbilidades, es decir, coexistencia de dos o más enfermedades generalmente relacionadas, de ochenta y seis (86) años y kras no mutado, indicó tratamiento según esquema panitumumab (Vectibix) 6mg/kg, día 1 y 14, cada 28 días, el cual según el criterio de la referida profesional sería ?efectivo en segundas líneas de tratamiento y baja toxicidad sistémica? (fs. 54). VII. Que el peligro en la demora se manifiesta en forma patente en razón del delicado cuadro de salud descrito por la profesional tratante a fs. 54 y de la edad avanzada del actor-ochenta y seis (86) años- (ver fs. 1). Estas circunstancias llevan a considerar que, de no accederse a lo solicitado, existe la posibilidad de que se ocasione un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva; todo lo cual desaconseja apartarse, en esta etapa, de las indicaciones de la profesional médica tratante y especialista en la materia. VIII. Que la concesión de la medida precautoria que aquí se ordena es la solución que, en este estado liminar del proceso, mejor se adapta a la naturaleza de los derechos en juego en el sub lite, que no son otros que el derecho a la vida y a la salud, y tiende a evitar el agravamiento del estado de salud del actor, el cual, a tenor de los elementos obrantes en autos, sería, como se dijo, sumamente delicado. IX. Que, asimismo, es dable señalar que ya ha habido otros pronunciamientos judiciales que han ordenado cautelarmente a obras sociales la provisión de panitumumab 100 mg (vgr. Cám. Fed. Apel. de Mar del Plata, ?Inc. apelación en

autos Balda, Bernardo Jesús c/I.N.S.S.Y.P. - PAMI s/amparo Ley 16986?, 15/11/2016; y Cám. Fed. de Apel. de Rosario, Sala B, ?Incidente de Sosa, María Cristina INSSJP en autos Sosa, María Cristina c/I.N.S.S.J.P. s/incidente de apelación cautelar?, 26/06/2013). X. Que no sólo excede el ámbito cautelar sino la función misma de este Tribunal determinar si tal o cual tratamiento es el más adecuado para combatir una dolencia específica. Determinar esa cuestión es una tarea que corresponde, lógicamente, a los profesionales médicos, por lo que ninguna consideración corresponde a la suscripta hacer respecto de las diferentes indicaciones médicas que habría recibido el actor por parte de un médico de la demandada. Por otro lado, si bien el limitado marco de conocimiento propio del instituto cautelar no permite tener por acreditado que la medicación indicada al actor sea la más eficiente para su patología, lo cierto es que, según las prescripciones de su médica tratante, el tratamiento sería adecuado a su caso. A ello se suma que el actor ya habría comenzado con aplicaciones de la droga (ver facturas de fs. 9 y 10), por lo que resulta desaconsejable apartarse o ignorar las expresas indicaciones de la profesional tratante. En torno a este punto, en un juicio en el que se solicitaba el reintegro de las sumas que los actores habían desembolsado para realizar un tratamiento de radioterapia de intensidad modulada indicado y negado por la empresa de medicina prepaga por no estar incluido en el llamado ?P.M.O., la Sala II de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal -fuero en el que tramitan la mayoría de los juicios contra obras sociales y empresas de medicina prepaga-, sostuvo que ?la argumentación (...) para negar la cobertura del tratamiento específicamente indicando al actor en razón de su dolencia, en el sentido de que no está acreditado que tal terapia sea la más beneficiosa que la incluida en el Programa Médico Obligatorio (PMO), no resulta compatible con el derecho a la vida y a la salud del afiliado, de jerarquía constitucional (confr. art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; y Fallos 302:1284, entre otros). Y si bien, el cumplimiento de las garantías enunciadas le incumben al Estado, quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con acciones positivas, ello es, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (CSJN, Fallos: 323:3229), pero nunca deben ser solventadas por el enfermo, quien no puede absorber ese costo? (C.N.A.C.y.C.Fed., Sala II, ?Urso, Antonio y otros c/OSDE s/incidente de apelación?, 18/04/2012). XI. Que no se me escapa que en el caso no habría, estrictamente, una omisión lisa y llana por parte de la obra social demandada ya que, conforme se relata en el escrito de inicio, habría derivado al actor al servicio de oncología del Sanatorio ?Dr. Julio Méndez? o al Instituto ?Henry Moore? (ver fs. 15, 25 y 26). Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto que el actor se estaría atendiendo desde hace más de diez años en el Instituto Oncología ?Ángel H. Roffo?, centro especializado en su patología y de reconocida trayectoria no sólo a nivel nacional. Si bien no menciona el actor en el escrito de inicio si ha sido derivado por la ObsBA al referido centro ni si ésta ha sido quien tomó a su cargo los tratamientos e intervenciones anteriores que se le realizaron en el citado centro de salud, lo cierto es que, conforme surge de su página web, el Instituto de Oncología ?Ángel H. Roffo?, depende de la Universidad de Buenos Aires y actúa como hospital público de gestión descentralizada inscripto bajo el registro N° 02.34.0025 (<http://www.institutoroffo.org/historia.html>). También surge del referido sitio que el cincuenta por ciento (50%) de los pacientes carece de toda cobertura y que ?[I]o que se recauda por las prácticas facturadas del resto de los pacientes con cobertura, debe permitir asegurar la asistencia del 100% de los pacientes y de las demás actividades vinculadas con la Docencia y la Investigación?. Por ello, la medida cautelar que aquí se dicta, en tanto ordena a la ObsBA tomar a su cargo el costo del tratamiento en el Instituto de Oncología ?Ángel H. Roffo?, a pesar de que habría puesto a disposición del actor la atención del Sanatorio ?Dr. Julio Méndez?, además de que preserva la relación médico- paciente, no parece irrogar gastos mucho más elevados para la demandada que los que tendría si el actor acudiera a los centros que ella habría propuesto. Ello, dado que, en este tipo de situaciones, es la droga lo que hace costoso el tratamiento (ver facturas de fs. 9 y 10) y la demandada debería afrontarlo de todos modos en las instituciones propias. Al respecto, es oportuno traer a colación un caso en el cual la Cámara Civil y Comercial Federal de la Ciudad de Buenos Aires ordenó cautelarmente a una empresa de medicina prepaga, para el tratamiento de la enfermedad que padecía la actora (anorexia nerviosa restrictiva), la cobertura integral de la prestación requerida en una clínica privada que no era prestadora de la demanda, destacando que ante este tipo de situaciones ?se debe proceder con amplitud de criterio para admitir peticiones como la sub examen, teniendo en cuenta su finalidad y para evitar la eventual frustración del derecho? (C.N.A.C.y.C.Fed., Sala III, ?VAV c/Swiss Medical S.A. s/amparo de salud?, 23/12/2014). XII. Que, a todo evento, es dable señalar que la droga indicada por la médica tratante fue incluida por medio de la resolución 1048/SSS/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación en el Sistema Único de Reintegros y en la mencionada resolución se consignó como fundamento terapéutico para su aplicación ?tratamiento de pacientes adultos con carcinoma colorrectal metastásico con KRAS no mutado?, es decir, la patología que padecería el señor G. (conf. anexo IV.1, resolución N° 1048/SSS/2014 e informe de fs. 54). XIII. Que aun cuando las medidas cautelares innovativas justifican una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa

(conf. doct. Fallos 316:1833; 319:1069; 331:2889, entre otros), el Máximo Tribunal federal también ha sostenido que no se puede descartar la aplicación de una medida cautelar por temor a incurrir en prejuzgamiento cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada; especialmente cuando lo que se pretende es evitar un agravio a la integridad psicofísica. Es este orden de ideas, la Corte recordó que "es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (?Camacho Acosta?, 07/08/1997, Fallos: 320:1633). Bajo estas premisas, la identidad entre el objeto de la medida cautelar requerida y el de la acción no constituye un obstáculo para su procedencia; máxime cuando el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario -aplicable supletoriamente en virtud del artículo 28 de la ley 2145- expresamente admite esta posibilidad. XIV. Que, en suma, por todo lo expuesto, corresponde conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que arbitre los medios pertinentes para que, en el plazo de dos (2) días, proceda a brindar la cobertura del cien por ciento (100%) del tratamiento que le fue indicado al señor J. G. en el Instituto Oncológico "Ángel H. Roffo" y la provisión de la medicación prescripta, esto es, panitumumab 100 mg (Vectibix), veinte (20) ampollas, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos. Ello, sin perjuicio de las futuras indicaciones que pueda hacer la profesional tratante, las cuales deberán, en su caso, ser puestas en conocimiento del Tribunal por el actor y realizar la petición pertinente. XV. Que todo lo dicho debe entenderse con la provisionalidad que caracteriza el dictado de las medidas cautelares -conf. art. 182, CCAT- y sin perjuicio de lo que pueda corresponder decidir en el transcurso de la causa. En mérito de lo expuesto, SE RESUELVE: 1. Conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que arbitre los medios pertinentes para que, en el plazo de dos (2) días, proceda a brindar la cobertura del cien por ciento (100%) del tratamiento que le fue indicado al señor J. G. en el Instituto Oncológico "Ángel H. Roffo" y la provisión de la medicación prescripta, esto es, panitumumab (Vectibix) 100 mg, veinte (20) ampollas, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos. Ello, sin perjuicio de las futuras indicaciones que pueda hacer la profesional tratante, las cuales deberán, en su caso, ser puestas en conocimiento del Tribunal por el actor y realizar la petición pertinente. 2. Hacer saber a la demandada que, dentro del plazo de dos (2) días de notificada la presente medida cautelar, deberá acreditar en autos su cumplimiento, bajo apercibimiento de proceder al embargo de las sumas necesarias, las cuales se determinarán en función del presupuesto que, llegado el caso, presente el actor en el expediente. 3. Correr traslado de la demanda instaurada, de la prueba ofrecida y de la documentación acompañada a la ObSBA por el plazo de diez (10) días (conf. art. 11, primer párrafo, ley 2145). 4. Tener por prestada la caución juratoria con lo manifestado a fs. 5 del escrito de inicio. 5. Designar oficial notificador ad hoc al señor Franco Bardelli (D.N.I. Nro. ...) a fin de efectuar la notificación de la presente. Regístrese, notifíquese por Secretaría a la parte actora y a la demandada -junto con el traslado de la demanda ordenado- en el día y con habilitación de día y hora.

Correlaciones: O., F. D. c/Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS)

Amparo-Recurso de apelación. Cám. Civ. y Com. Córdoba 3ª Nom. - 04/06/2015 - Cita digital IUSJU003579E

017872E