

## Medidas Cautelares Provision De Medicamentos Oncologicos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Medidas cautelares. Provisión de medicamentos oncológicos Se confirma la resolución que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados - PAMI a que en forma inmediata y sin obstáculo formal de índole administrativa, provea a la actora cierto medicamento y toda la medicación que a futuro pudiera requerir según la progresión de su enfermedad, con cobertura 100% a cargo de la obra social.

RESISTENCIA, 20 de abril de 2017.- Y VISTOS: Estos autos caratulados: ?INC. APELACION DE MORENO LEONARDA INSSJP-PAMI EN AUTOS: MORENO, LEONARDO C/ INSSJP -PAMI S/ MEDIDA CAUTELAR?, expediente N° 2974/2016/1/CA1, proveniente del Juzgado Federal de Resistencia.- Y CONSIDERANDO: I.- Se otorga al presente tratamiento prioritario con relación a otros expedientes radicados ante esta Cámara con llamados de autos de fecha anterior, por encontrarse involucradas en el caso cuestiones contempladas por el art.36, primera parte del Reglamento para la Justicia Nacional. II.- Arriban estos autos a la Alzada, en virtud al recurso de apelación en subsidio planteado a fs. 35 y vta. por la demandada - I.N.S.S.J.P. -PAMI - contra la resolución de grado de fs. 20/21, que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la Sra. Leonarda Moreno y ordena al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados -PAMI a que en forma inmediata y sin obstáculo formal de índole administrativa, provea a la actora el medicamento denominado PALBOCICLIB 125 mg. comp. X 21 y toda la medicación que a futuro pudiera requerir según la progresión de su enfermedad, con cobertura 100% a cargo de la obra social. III.- Se agravia la demandada porque el requerimiento de la prestación, habría sido remitido a Nivel Central de la Obra Social por vía de excepción para su autorización. Aclara que los medicamentos solicitados no fueron rechazados sino que se encuentran pendientes de autorización debido a la falta de documental solicitada, siendo ese el trámite habitual para la provisión de medicamentos oncológicos. Agrega que la actora recurrió a la vía judicial sin antes quedar agotada la administrativa. IV.- La actora, en su oportunidad, contestó el memorial de agravios a fs. 41/43 manifestando que debe declararse desierto el recurso, dado que el mismo no contiene una crítica razonada de la materia objeto de impugnación. Que no basta con la simple invocación de que la sentencia recaída en autos es errónea, injusta o contraria a derecho. Niega el hecho de que el INSSJP- PAMI le haya solicitado documentación complementaria para autorizar la provisión del medicamento PALBOCICLIB 125 mg. comp. X 21. Fijado lo antes dicho señala que, luego de dictada y notificada la resolución (06/05/2012) que hace lugar a la medida cautelar y como consecuencia de la misma se procedió a requerir a los familiares de la Sra. Leonarda Moreno, biopsia mamaria receptores hormonales, receptores Her 2 Neu 2 y Clearence de creatinin. Que dicho estudio fue acompañado a la obra social, en fecha 09/05/2016 a 11: 14 a.m. conforme correo electrónico remitido por la agente Alejandra Vratnica a la división Atención a Beneficiario y enlace con UGL (dependencia ubicada en la ciudad de Buenos Aires). Posteriormente, el 11/05/2016, familiares de la actora presentaron original de la receta al agente Luis Cendra, quien presta servicios en el área farmacia de la dependencia local de la obra social demandada. Que ante la falta de respuesta y urgencia de iniciar el tratamiento su parte se vio obligada a recurrir a la vía judicial promoviendo la presente medida cautelar (05/05/2016) luego de haber esperado más de treinta días desde que requiera la provisión del medicamento a la obra social (06/04/2016), sin que la misma haya brindado información alguna a su afiliado. V.- A fs. 52/53 se rechaza la revocatoria interpuesta por la demandada P.A.M.I. y se concede el recurso de apelación. Elevadas las actuaciones a esta Cámara, a fs. 57 se llamó autos para resolver. Que dentro del marco precedentemente detallado, debe tenerse en cuenta que tratándose de una medida cautelar deben encontrarse reunidos sus requisitos básicos -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- los que se hallan tan íntimamente vinculados entre sí, de manera tal que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa (C.S.J.N. ?Bulacio Malmierca Juan c/ B.N.A. s/ medida cautelar?, del 24/08/93). Además de lo dicho cabe destacar dos aspectos: el primero de ellos es que cuando se encuentran involucradas cuestiones relacionadas al derecho de salud, derivadas del derecho a la vida las mismas poseen jerarquía constitucional, reconocidas en diferentes tratados internacionales en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En tales términos, la incorporación a nuestra Constitución no limita la protección del derecho a la salud a la abstención de actos que puedan producir un daño, sino que exige prestaciones de dar y hacer que encierran en definitiva la provisión de terapias y medicamentos. Así las cosas, procede adentrarnos en los hechos acreditados en autos, como el carácter de afiliada de la Sra. Leonarda Moreno (fs. 5), su imposibilidad de afrontar los gastos de estos medicamentos en forma independiente, conforme el monto de su recibo de haber (fs.6), la enfermedad que padece y la necesidad del tratamiento conforme

constancias de fs. 7 a 12 con lo cual, encontrándose en juego el derecho a la salud de la parte actora y acreditado el evidente peligro en la demora frente a la grave enfermedad que padece, que requiere tratamiento y medicamentos, la prueba del *fumus bonis juris* se debe tener por acreditada, correspondiendo, en consecuencia, mantener la medida cautelar decretada por el a-quo. Ello máxime que los agravios vertidos por la demandada no rebatieron los argumentos expuestos por el juzgador para despachar la medida. La demandada no desconoce las condiciones de salud que padece la actora y la circunstancia relativa a que el pedido del medicamento no fue rechazado, sino que estaba en etapa de evaluación y autorización, no evidencia una razón de peso o de índole científica que demuestre que la medicación solicitada no es la adecuada para el tratamiento y estadio de la enfermedad que aqueja a la Sra. Leonarda Moreno, sumado al hecho de que la droga fue prescripta por su médica tratante la Dra. M. Verónica Zovak -cirujana esp. Oncología clínica-. De allí que la reticencia a otorgarla con base en lo manifestado por la demandada no puede ser admitido cuanto más si se repara en el informe efectuado por la especialista tratante a fs. 12. En tales condiciones la respuesta de la accionada debe ser reputada arbitraria en este reducido marco cognoscitivo, careciendo de atendibilidad la pretendida justificación con base en que no medió rechazo sino que se encuentra en trámite de aprobación, cuando ha quedado demostrado que en diversas oportunidades la actora y sus familiares intentaron por vía administrativa obtener una respuesta satisfactoria. Por ello, de acuerdo con los términos en que fueron planteados los agravios, lo manifestado por la Obra Social, debe ser interpretado como una omisión incurrida por dicha parte que contribuye a deteriorar el estado de salud de la Sra. Moreno al retrasar el comienzo de su tratamiento, el cual resulta imperioso dado el cáncer de mama metastásico que padece. No es ocioso remarcar en este punto, sobre la base de la categoría de los derechos comprometidos ante el incumplimiento de la demandada, y teniendo en cuenta las constancias de la causa referida *supra*, que se infiere que, en el caso, el Instituto Nacional de servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (I.N.S.S.J.P.) PROGRAMA DE ASISTENCIA MEDICA INTEGRAL (PAMI) Y/O ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL) estaría obligada a cumplir con la cobertura solicitada por la actora, en función de la indicación médica y la afección que padece. Concretamente, con arreglo a los principios jurisprudenciales que rigen en la materia, no existen méritos para revocar el decisorio apelado, teniendo en cuenta -y ponemos énfasis en ello- que se encontraría en riesgo la salud y evolución de la patología de la Sra. Leonarda Moreno. Cabe agregar, asimismo, que con el dictado de la cautelar solicitada no se ocasiona un grave perjuicio a la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento del estado de salud, evolución de la enfermedad y padecimiento de la actora, conforme fuera señalado. En referencia al peligro en la demora, el pedido es inminente y responde a una necesidad efectiva y actual, por lo que entendemos que el hacer lugar a la apelación planteada ocasionaría un perjuicio a la actora que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría imposible subsanar una circunstancia que devendría agotada por el transcurso del tiempo. Lo antes dicho no implica emitir opinión acerca de lo que puede decidirse en el principal, toda vez que la CSJN ha sostenido que no se puede descartar la aplicación de una medida cautelar por temor a incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, añadiendo que estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo del litigio, ya que su objetivo es evitar los daños que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (Fallos: 320:1633). De conformidad con tal doctrina, esta Cámara ha juzgado en varias oportunidades que el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria debe ser menos riguroso cuando el eventual perjuicio que podría generar para una de las partes la admisión de la medida, es habitualmente mucho menos trascendente que el que implicaría la denegatoria para su contraria. Por último debe recordarse que al decretar una cautela no existe prejuzgamiento, pues la ley procesal (art. 230 del CPCCN) impone al juez efectuar un juicio de valor acerca de la verosimilitud del derecho invocado por la parte actora. Por ello al expedirse sobre el particular en forma provisoria, no hace sino cumplir con un mandato legal. Al respecto ha dicho la Corte Suprema: "...para que provoque prejuzgamiento un pronunciamiento debe ser expreso y recaer sobre la cuestión de fondo a decidir (Fallos 311:57); y que no se configura prejuzgamiento cuando el tribunal se halla en la necesidad de emitir opinión acerca de algún punto relacionado con la materia controvertida, lo que ocurre, entre otros casos, al decidirse sobre la admisión o rechazo de una medida cautelar? (Fallos 311:578, esta Cámara en Fallos T. XXVIII, F° 13.513, íd. F° 13.846, íd. 37.145, entre muchos otros). Así las cosas, encontrándose en juego el derecho a la salud y acreditados los extremos señalados corresponde -tal lo anticipado- ratificar la medida cautelar decretada por el a-quo. Por ello se rechaza el recurso de apelación de fs. 35 y vta. y se confirma la resolución de fs. 20/21. Costas y Honorarios: La suerte de estos incidentes se encuentra íntimamente ligada a la acción de fondo. Al resolverse ésta recién se sabrá con certeza si la cautelar se solicitó o no con derecho. Por ello se difiere la imposición de costas y regulación de honorarios para cuando concluya el principal (esta Cámara Fallos T XXVI F° 11.903; T. XXVIII F° 13.513, T. XLVIII F° 22.654, entre otros). Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

- 1)-Rechazar el recurso de apelación incoado por los recurrentes a fs. 35 y vta. y consecuentemente, confirmar la sentencia de grado de fs. 20/21.
- 2)- Diferir la imposición de costas y la regulación de honorarios para cuando concluya el principal.

3)-Comuníquese a la Secretaria de Comunicación y Gobierno abierto, conforme Acordada de la CSJN N° 42/2015. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Fecha de firma: 20/04/2017 Alta en sistema: 10/05/2017 Firmado por: ANA VICTORIA ORDER, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JOSE LUIS AGUILAR, JUEZ DE CAMARA Firmado por: MARIA DELFINA DENOGENS, JUEZA DE CAMARA Firmado por: SONIA GLADIS VOIQUEVICH, SECRETARIA DE CAMARA  
017121E