

## Derecho A La Salud Cobertura Integral De Medicamentos Obra Social Accion De Amparo Rechazo In Limine Improcedencia

### JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Rechazo in limine. Improcedencia

Acción de amparo incoada por la actora, por la cual solicita la cobertura integral y total de una medicación oncológica por parte del Instituto demandado. Ello, atento que el juez de grado no ponderó detallada y severamente las circunstancias del caso, como se requiere ante la denuncia de una posible violación del derecho a la salud.

Derecho a la salud. Cobertura integral de medicamentos. Obra social. Se revoca la sentencia de grado que rechaza in limine la acción de amparo promovida por Bibiana Beatriz Piñeyro contra el Instituto Obra Médico Asistencial provincial interpretando que la acción había sido promovida en forma manifiestamente extemporánea [v. fs. 66/67 vta.]. En la ciudad de Mar del Plata, a los 03 días del mes de julio del año dos mil dieciocho, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa A-8067-DOO ?PIÑEYRO BIBIANA BEATRIZ c. I.O.M.A. s. AMPARO?, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Riccitelli y Mora, y considerando los siguientes: ANTECEDENTES I. El titular del Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial Dolores, con fecha 13-04-2018, -en lo que aquí interesa reseñar- rechazó in limine litis la acción de amparo promovida por Bibiana Beatriz Piñeyro contra el Instituto Obra Médico Asistencial provincial interpretando que la acción había sido promovida en forma manifiestamente extemporánea [v. fs. 66/67 vta.]. II. El 18-04-2018 la amparista interpuso recurso de apelación fundado contra el mencionado pronunciamiento [v. fs. 69/72 vta.]. III. A fs. 75, en lo que aquí resulta de interés, el magistrado concedió el embate intentado por la parte actora. IV. Recibidas las actuaciones en este Tribunal [v. fs. 76 vta.] y puestos los Autos al Acuerdo para examen de Admisibilidad del recurso y en su caso para Sentencia -pronunciamiento que se encuentra firme- [cfr. fs. 114 -ap. 3°-], corresponde plantear la siguiente: CUESTION ¿Es fundado el recurso? A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo: I.1. Bibiana Beatriz Piñeyro instó la presente acción de amparo persiguiendo que se ordene al Instituto Obra Médico Asistencial que le provea la cobertura integral y total de la medicación oncológica denominada Ribociclib 600 mg. y Letrozol 2,5 mg. en forma continua e ininterrumpida para cumplir con el tratamiento médico prescripto por la Dra. Fernanda Mohamed. Denuncia padecer un cáncer de mama izquierda con metástasis pulmonar desde comienzo de 2014. Expone que en marzo de 2014 fue intervenida quirúrgicamente y que el diagnóstico médico consistió en un ?esclerolipomatosis y carcinoma ductal invasor de 1,3 cm -6M2- y otro de 0,5 -con 1 de 15 ganglios con infiltración (T1 N1 Mo) con metástasis ganglionar. Estadio II A.?. Refiere que luego de la mencionada intervención, su médica tratante comenzó un tratamiento de quimioterapia coadyuvante FAC por seis ciclos (5 fluorouracilo, con Doxorrubicina más ciclofosfamida), seguido de radio terapia y Tamoxifeno hasta la actualidad. Agrega que, posteriormente, se ha comprobado una recaída ósea mediastinal y pulmonar que justificó la necesidad de indicar una primera línea hormonal con Ribociclib y Letrozol. Refiere -en tal sentido- que la decisión de la oncóloga de sustituir el tamoxifeno por la medicación que por esta vía procesal se solicita -Ribociclib y Letrozol-, obedece a que la tomografía realizada el 06-11-2017 habría dado cuenta de un aumento de tamaño de imágenes modulares pulmonares -destacándose la mayor de ellas en la región de hilio pulmonar izquierdo- alcanzando un tamaño de 15 mm de diámetro-. Antes los referidos resultados y la prescripción médica de su oncóloga, la amparista solicitó -en sede administrativa a I.O.M.A.- que se le provea la medicación Ribociclib 600 mg. Y Letrozol 2,5 mg. Agregó que se habría denegado su solicitud -por nota fechada el 11-12-2017 bajo el número de tramite 14217000207217, emitida por la Subdirección Técnico Científica de Farmacia y Bioquímica perteneciente al Departamento Técnico Científico-. Denuncia además que ha tomado conocimiento que su médica tratante había presentado un pedido de reconsideración, fechado el 24-01-2018, y que el Instituto demandado también lo habría desestimado. Para concluir su alegato, resalta su grave estado de salud, su imposibilidad económica de afrontar el costo del tratamiento médico que se le indicara -que en la especie asciende a un costo mensual de pesos cien mil (\$ 100.000,=)- y el claro comportamiento arbitrario e ilegítimo de la Administración que vulneraría el derecho a la salud y a la vida de la amparista. 2. El sentenciante de grado se expidió con el alcance indicado en los antecedentes. Para decidir como lo hiciera, el a quo recordó que la actora solicitó -a instancias de su médica tratante- a la parte demandada que le provea la medicación que se le prescribiera -en razón de encontrarse sometida a un tratamiento oncológico- y que, el 11-12-2017, I.O.M.A. le notificó el rechazo del mencionado pedido. La accionante indicó también que la Entidad demandada rechazó -con fecha 24-01-2018- el pedido de reconsideración de su solicitud. Con tales antecedentes a la vista y a tenor de la fecha en que se iniciara la presente acción -que data del 03-04-2018 [v. fs. 29 vta.]-, el a quo juzgó que se encontraba ampliamente vencido el plazo de treinta (30) días previsto en el art. 5 de la ley 13.928, tanto si se lo computaba a partir del día 11-12-2017 -en que se desestimara el primer pedido formulado-; como si se lo calculaba a partir del 24-01-2018 -en que se rechazara la reconsideración formulada-. Con todo, juzgó formalmente inadmisibles la acción intentada y consecuentemente, la rechazó in limine. 3. Frente

al citado parecer, la amparista apeló la decisión del magistrado de grado [v. fs. 69/72 vta.]. Los fundamentos que vierte en pretendido fundamento de la revocación del pronunciamiento impugnado, bien pueden sintetizarse a través de los siguientes ejes: (i) argumenta -en lo sustancial- que la iniciación del presente proceso de amparo resulta temporánea -esto es, dentro del plazo de caducidad previsto por el art. 5 de la ley 13.928 (t.o. ley 14.192)-, en tanto la actora no habría sido notificada por I.O.M.A. del rechazo de su petición tendiente a obtener la medicación que se le prescribiera; y (ii) refiere que al indicar la prescripción médica que la ingesta de las medicinas debería realizarse en forma diaria, el obrar del IOMA constituye una violación periódica y sistemática de los derechos y garantías de la amparista que configuraría una ilegitimidad continuada. II. El recurso merece estimada. 1. A tenor de estrictas razones metodológicas, habré de abordar en primer lugar el agravio relativo a la naturaleza de la obligación que se reclama -esto es, si se exige una prestación instantánea u otra de tipo continuada- [v. ap. ?I.3.(ii)?] para, luego -en caso de rechazarse el mencionado argumento- abordar el que se expresara en primer lugar -que patrocina la promoción tempestiva de la acción aquí debatida [v. ap. ?I.3.(i)?]-. Si bien el primer argumento propuesto a tratamiento habrá de ser desestimado, el segundo habrá de ser acogido -al menos en esta etapa inicial del proceso- y con ello, deberá revocarse el pronunciamiento recurrido.

2.1. Abordando ya el cuestionamiento vertido -que postula que el incumplimiento del Instituto demandado resulta ser una violación periódica y sistemática de los derechos y garantías de la amparista-, vale recordar que el art. 5 de la ley 13.928 -t.o. ley 14.192- establece que la acción de amparo deberá deducirse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que el o los afectados hayan tomado conocimiento del acto u omisión que consideran violatorio del derecho o la garantía conculcada. El citado precepto prevé, además, que en el supuesto de actos u omisiones lesivas periódicas, tal plazo deberá computarse respecto de cada uno de dichos sucesos en particular [cfr. art. 5, último párrafo, de la ley 13.928]. De tal forma, ante la existencia de comportamientos positivos -denunciados como lesivos- se pueden distinguir aquellos que aparecen produciendo un efecto único e instantáneo y que carecen de la aptitud de renovarse periódicamente, de aquellos otros cuyos efectos se prolongan cronológicamente y, además, se renuevan periódicamente. En los primeros, el plazo de caducidad transcurre a partir del conocimiento del acto dañoso; en los segundos, el remedio constitucional podrá intentarse cada vez que la lesión se renueve (v. doct. S.C.B.A Causa B. 64.621 ?Unión del Personal Civil de la Nación?, sent. de 01-10-2003), desde que ?... con la acción incoada se enjuicia una ilegalidad o arbitrariedad continuada, sin solución de continuidad, originada, en verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No se trata de un hecho único, ya pasado, cuyo juzgamiento tardío comprometa la seguridad jurídica ni un hecho consentido tácitamente ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias? (v. doct. C.S.J.N. Fallos 307:2174 -del dictamen del Procurador General Subrogante-; 318:1154; 324:3082; esta Cámara causa A-1998-AZO ?Guerrera?, sent. del 13-07-2010). Del relato de los antecedentes fácticos que precedieron al inicio de las presentes actuaciones plasmado en el libelo inicial, surge que la amparista afirmó haber requerido al I.O.M.A. la cobertura de los medicamentos denominados Ribociclib 600 mg. Y Letrozol 2,5 mg. -que le fueran recetados para hacer frente al cuadro médico consistente con el diagnóstico médico de esclerolipomatosis y carcinoma ductal invasor de 1,3 cm (6M2) y otro de 0,5 (con 1 de 15 ganglios con infiltración - T1 N1 Mo) con metástasis ganglionar, estadio II A.- y que tal pedimento fue denegado por la Obra Médico Asistencial demandada, atento la existencia de fármacos alternativos que permitirían tratar el mencionado padecimiento [v. fs. 21 vta./23]. 2.2. Desde tal perspectiva, cabe concluir que no asiste razón a la recurrente, por cuanto la denegatoria de cobertura cuestionada en la especie, lejos de configurar un comportamiento susceptible de reiterarse en el tiempo, constituye un acto único -ya pasado- cuyos alegados efectos nocivos se produjeron instantáneamente con el rechazo de cobertura del medicamento requerido [conf. doct. S.C.B.A Causa B. 64.621 ?Unión del Personal Civil de la Nación?, sent. de 01-10-2003; cfr. doct. esta Alzada causa A-1428-MPO ?Maiorini?, sent. de 11-08-2009]. No desvirtúan tal temperamento las manifestaciones blandidas por la recurrente en torno a la periodicidad de las prestaciones médicas que componen el tratamiento que -según denuncia- le fuera prescripto, toda vez que la prolongación en el tiempo de los efectos originados por el acto reputado ilegítimo no trae aparejada la renovación de tal suceso, único e instantáneo [cfr. S.C.B.A. causa B. 65.072 ?Rojas?, sent. de 29-12-2008 -del voto de la Dra. Kogan-; esta Alzada causas A-1558-MPO ?Riquelme?, sent. de 13-04-2010; A-1951-DOO ?Sanchez?, sent. de 10-VI-2010]. 3.1. Decidido lo anterior, habré de abocarme a brindar respuesta al restante cuestionamiento realizado por la amparista. En este caso, argumenta que la iniciación del presente proceso de amparo resulta temporánea -esto es, dentro del plazo de caducidad previsto por el art. 5 de la ley 13.928 (t.o. ley 14.192)-, en tanto la actora no habría sido personalmente notificada por I.O.M.A. del rechazo de su petición tendiente a obtener la medicación que se le prescribiera. Agregó que, si bien surge la existencia de un pedido de reconsideración que formulara su médica tratante, lo cierto sería que -de un lado- la amparista no habría tomado conocimiento de su rechazo y -de otro- aquella carecería de mandato alguno para representarle en el mencionado trámite. 3.2. Con ello en vista y sopesando el objeto de la pretensión ventilada en estas actuaciones [v. reseña efectuada en el apartado ?I.1.? del presente voto], es necesario puntualizar que a la hora de reflexionar sobre la pertinencia del rechazo liminar cuestionado ante esta Alzada, no puede perderse de vista que el

derecho a la vida es el primer derecho inherente a la condición humana dentro del cual está comprendido el derecho a la preservación de la salud, que remite a un concepto amplio de bienestar psicofísico integral de la persona y tiene a su vez una directa relación con el principio de la dignidad humana, soporte y fin de los demás -así denominados- ?derechos humanos?, encontrándose el mismo reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (arts. 42 y 75 incs. 22° y 23°) y provincial (art. 36 inc. 8°) [cfr. C.S.J.N. Fallos 316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569, entre otros]. Y dentro de esta lógica suprallegal, el remedio del amparo -si bien no como un vademécum para solucionar todos los problemas (v. doct. esta Cámara causa A-249-BB0 ?Duca?, sent. del 22-04-2008)- ha sido reconocido como un medio de tutela prima facie hábil para asegurar derechos que gozan de un plus de protección constitucional (v. arg. doct. S.C.B.A. causas B. 64.942, sent. de 06-10-2004; B. 65.282, sent. de 31-08-2005; B. 65.893, sent. de 17-10-2007). De allí que para resolver el rechazo in limine de una acción de amparo se requiera -en estas especialísimas materias- de una detallada y severa ponderación de las circunstancias -tanto de hecho como de derecho- que sirvan de sustento al remedio intentado, máxime cuando podrían verse comprometidas las previsiones del art. 15 de la Constitución provincial en cuanto aseguran el derecho a la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia [cfr. doct. esta Cámara causa A-2991-MP0 ?Baez?, sent. del 29-03-2012]. Por ello, ante la denuncia de una posible violación del derecho a la salud se requiere por lo menos escuchar al órgano demandando para luego -en el acotado marco de análisis que permite el remedio intentado- decidir fundadamente sobre la procedencia de la vía impetrada o, en su caso, motivadamente descartar el menoscabo o lesión de los bienes constitucionales en juego (v. doct. esta Cámara causa A-860-MP0 ?Arbide?, sent. de 15-08-2008), todo lo cual demanda una extremada prudencia jurisdiccional a la hora de inclinarse por el rechazo liminar de una acción de amparo como la ventilada en la especie [v. doct. esta Cámara causas A-1262-MP0 ?D., M.B.?, sent. de 19-03-2009; A-4459-MP0 ?Lema?, sent. del 5-11-2013].

3.3. A tenor de la precedente línea jurisprudencial, de aquilatada vigencia en este Tribunal, observo que el juez de grado ha formulado un por demás liviano estudio de los documentos obrante en la causa, lo que lo ha llevado a concluir -apresuradamente- en la inadmisibilidad formal del amparo por acacamiento del plazo de caducidad legalmente reglado. En efecto, partiendo de los elementos documentales acompañados por la actora al demandar y de la literalidad de sus palabras en el escrito de inicio, el sentenciante juzgó que la actora articuló extemporáneamente la acción constitucional computando para ello las fechas del primer rechazo de cobertura como de la denegatoria al pedido de reconsideración. Empero, lo que puede advertirse de un cotejo de la documentación adjuntada no respalda en forma categórica tal juicio del inferior, desde que: [i] el documento glosado a fs. 11 está dirigido a un Doctor y Afiliado innominado y no cuenta con firma de recepción alguna; [ii] el pedido de reconsideración obrante a fs. 12 y vta., si bien de fecha posterior al anterior instrumento, no es suscripto por la actora sino por la doctora Fernanda Mohamed y además persigue ?se de curso favorable a lo solicitado, ya que no se obtuvo respuesta alguna ante este mismo pedido?; y [iii] el documento de fs. 13 nuevamente se dirige a un Doctor y afiliado innominado y tampoco cuenta con rúbrica de su receptor y fecha en que ello tuviera lugar. Con ello en miras, la crítica que formula la apelante en esta parcela es atendible. Más allá de la eventual sustentabilidad del fondo del reclamo -cuestión sobre la que no corresponde expedirse en esta oportunidad-, concluyo que la rígida decisión apelada debe ser revocada por importar -en esta instancia de análisis- un juicio prematuro en el marco del especial derecho constitucional que se denuncia conculcado, ya que no se sopesaron debidamente todas las circunstancias que surge acreditadas en la especie que, cuanto menos, declamaban un examen prudente de la problemática suscitada, propio de una efectiva tutela jurisdiccional (arg. art. 15 de la Constitución provincial). Es que la valoración efectuada, según la cual la acción constitucional fue presentada en forma extemporánea -a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la ley 13.928 (t.o. ley 14.192)- carece de la imprescindible certeza que debe ostentar para justificar el rechazo in limine pronunciado por el sentenciante de grado.

3.4. Frente a tal panorama y en el incipiente estado de estas actuaciones, juzgo que cabe habilitar el tránsito por la acción constitucional ya que las constancias obrantes en autos no permiten, en forma indubitada, tener a la amparista por anoticiada de la decisión administrativa adoptada por el I.O.M.A. que rechaza el pedido de cobertura que formulara o, en su caso, que hubiera sido anoticiada del rechazo del ?pedido de reconsideración? que efectuara su médica tratante, previa acreditación de representación legal suficiente. Mal no viene recordar que para el análisis de los presupuestos de admisibilidad formal de la acción de amparo, el legislador previó una primera etapa de estudio de las actuaciones, en la que el juzgador puede desestimar in limine -en los términos del art. 8° de la ley 13.928 (t.o. ley 14.192)- el remedio cuando éste resultare notoriamente improcedente por no cumplir con los requisitos establecidos por la citada ley. Ahora bien, si en la liminar evaluación se presentan supuestos como el que motiva el presente caso (derecho a la salud denunciado como conculcado), que justifican aventar toda duda acerca de la idoneidad de la vía intentada, resulta altamente conveniente que el juez disponga la apertura formal del cauce intentado y bilateralice la acción con la persona demandada, pudiendo disponer incluso la producción de las pruebas conducentes para la resolución de la causa (arts. 10, 11 y ccdtes. de la ley 13.928 -t.o. ley 14.192-). Con todo, será al momento de dictar la sentencia de fondo cuando el magistrado deberá analizar -no ya desde su aspecto meramente formal, sino en el marco de un examen globalizador de los planteos que conforman la litis- si se encuentran reunidos los recaudos

constitucionales y legales que habilitan el carril procesal intentado (v. doct. esta Cámara causas A-943-MP0 ?Gavilan?, sent. de 18-09-2008; A-655-DO0 ?Abdala?, sent. de 25-11-2008; A-5063-MP0 ?Melcon?, sent. del 07-08-2014; A-5355-AZ0 ?M. L. B.?, sent. del 06-11-2014], esto es, si media un acto u omisión manifiestamente arbitrario o ilegítimo violatorio de garantías constitucionales, si existen otras vías judiciales idóneas para ventilar la pretensión que porta el amparo, si el reclamo es temporáneo y/o si quien reclama cuenta con legitimación para así hacerlo, entre otras cuestiones (art. 20 inc. 2° Constitución provincial). III. Por lo expuesto, he de proponer al Acuerdo, acoger el recurso de apelación interpuesto a fs. 69/74 y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento de grado de fs. 66/67 vta., devolviendo las actuaciones a la instancia para que continúen su trámite de conformidad con lo que aquí se decide (argto. art. 8 de la ley 13.928 -t.o. ley 14.192-). Las costas de esta alzada deberían imponerse en el orden causado, atento no mediar contradicción (arg. arts. 19 y 25 de la ley 13.928 -t.o. ley 14.192-; art. 68 y ccdtes. del CPCC). Doy mi voto a la cuestión planteada por la afirmativa. El señor Juez doctor Mora, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Riccitelli, vota a la cuestión planteada también por la afirmativa. De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:

**SENTENCIA** 1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 69/74 y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento de grado de fs. 66/67 vta., devolviendo la causa a la instancia para que continúe su trámite de conformidad con lo que aquí se decide. Las costas de esta alzada se imponen en el orden causado, atento no mediar contradicción (arg. arts. 19 y 25 de la ley 13.928 -t.o. ley 14.192-; art. 68 y ccdtes. del CPCC). 2. Diferir la regulación de honorarios por los trabajos de segunda instancia para su oportunidad (art. 31 del 14.967). Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al órgano de origen por Secretaría.

Corr elaciones Ciuro Caldani, Miguel Á., UN APORTE AL DERECHO DE LA SALUD. LOS ÁMBITOS Y LAS RELACIONES DE LA SALUD , Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Mayo 2016

030212E