

Amparo De Salud Tratamiento De Radioterapia Cobertura Integral

JURISPRUDENCIA

Córdoba, 28 de octubre de 2019. Y VISTOS: Los

autos ?G., E. C. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados - PAMI s/amparo Ley 16.986? (Expte. N° FCB 29451/2019/CA1), en los que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (P.A.M.I.) ha interpuesto recurso de apelación en contra de la Resolución de fecha 18 de julio de 2019 dictado por el señor Juez Federal de Río Cuarto, que resolvió: "...3. Hacer lugar parcialmente a la cautelar impetrada y, consecuentemente, ordenar a INSSJJP que, brinde a la Sra. E.C.G. la cobertura total e integral al 100% del procedimiento de ?IMRT - (INTENSITY MODULATED RADIATION THERAPY)?, prescripto por el médico tratante Dr. Juan José MORELLI, Oncólogo, a realizarse en el Centro Privado de Radioterapia S.A. de esta ciudad, en razón del diagnóstico de cáncer de mama, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el fondo de la cuestión, bajo apercibimiento de ley... FDO: SERGIO A. PINTO - JUEZ FEDERAL DE RIO CUARTO EN FERIA? (fs. 71/76 vta.). Y CONSIDERANDO: I.- Llegan los presentes autos a conocimiento y decisión de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por las letradas apoderadas del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (P.A.M.I.) - Dra. Marcela M. Piatti y Dra. María Sofía Pazo -, en contra de la Resolución de fecha 18 de julio de 2019, cuya parte pertinente fue transcripta precedentemente (ver fs. 92/97 y 71/76 vta., respectivamente). Se agravia la apelante de la medida cautelar dispuesta por el magistrado interviniente en cuanto ordena al I.N.S.S.J.P., de manera inmediata y urgente, la cobertura total (100%) del tratamiento de radioterapia de intensidad modulada, sin que se haya demostrado que ha incurrido en acción, omisión y/o negativa, que lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que vulnere derechos y garantías constitucionalmente tutelados. La recurrente se queja por cuanto el juez de grado concede la cautelar solicitada, a pesar de que la demandada no le ha negado el tratamiento necesario para la patología que presenta el accionante. Ello en tanto, si bien no autoriza la prestación de Radioterapia de Intensidad Modulada, lo hace por considerar que no es la única para tal fin, proponiendo la Radioterapia Tridimensional que es la que entiende adecuada. La recurrente se agravia, además, por entender que se dicta la medida cautelar basándose en la prescripción realizada por el médico tratante de la amparista, Dr. Morelli, y el informe del Dr. Sar, profesional integrante del Centro Privado de Radioterapia, quien realiza una argumentación fundándose en una lista de artículos que solo es una referencia nominativa de los trabajos publicados sobre el tema, siendo que no se encuentra acreditado con estudios o bibliografía que demuestre de manera indubitable que el tratamiento de Radioterapia de Intensidad Modulada sea el único que pueda tratar la enfermedad de la amparista. Asimismo, no han sido demostrados los motivos médicos por los que no corresponde el tratamiento autorizado por la Obra Social de Radioterapia Tridimensional. Por otro lado, dice que la Radioterapia Tridimensional y la Radio Terapia de Intensidad Modulada poseen un efecto similar de tratamiento, no encontrándose evidencia que sugiera la superioridad de una práctica por sobre la otra, sino que la única diferencia radica en la producción de efectos colaterales a nivel de órganos vecinos al sitio de irradiación. Así y todo, estos efectos colaterales se dan en un porcentaje bajo, por lo que no se indica la Radioterapia de Intensidad Modulada como modalidad estándar para el tratamiento del cáncer de mama. Aduce que dentro del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), en el Anexo II - Catálogo de Prestaciones que deben cubrir las Obras Sociales- se encuentran detalladas las prestaciones de Terapia Radiante y la prestación solicitada no se encuentra incluida dentro del PMO, por lo tanto la Obra Social no está obligada a cubrir dicha cobertura. Por último, entiende que la medida ordenada coincide con el fondo de la causa, y al hacer lugar a la misma el Sentenciante incurriría en un pre-juzgamiento de la situación fáctica planteada, anticipando opinión sobre el fondo del asunto. A fs. 98 y vta. se concede el recurso de apelación en relación y con efecto devolutivo, debido a la gravedad del asunto. Corrido el traslado de ley, éste fue contestado por la parte actora, solicitando se rechace el Recurso interpuesto, confirme el decisorio recurrido y condene en costas a la accionada (fs. 99/106 vta.) Evacuada la vista por el doctor Fiscal General, quedó la presente causa en condiciones de resolver (fs. 127 vta.). II.- Previo a ingresar al tratamiento de los agravios vertidos, es preciso realizar una breve reseña de la causa. Comparece la Sra. E.C.G., con el patrocinio letrado del Dr. Jorge Indalecio FARA, y promueve acción de amparo en contra de INSTITUTO NACIONAL SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS - PAMI, para que se le brinde la cobertura total e integral al 100% del procedimiento, internación, medicamentos, anestesia, dispositivo prescripto y a prescribir, a los fines del procedimiento de ?IMRT - (INTENSITY MODULATED RADIATION THERAPY)?, indicado por su médico tratante Dr. Juan José MORELLI, Oncólogo, a realizarse en el Centro Privado de Radioterapia S.A. de esta ciudad, en razón del diagnóstico de cáncer de mama. En el relato de los hechos manifiesta que es afiliada a la obra social demandada desde el otorgamiento del beneficio de pensión. Refiere que el informe de la mamografía bilateral con proyección axilar por screening, realizada el 08/06/18, indica ?Tejido mamario simétrico, Parenquina

glandular graso, de densidad media, heterogéneo con patrón fibronodulillar. No se observan nódulos. Densidad asimétrica focal de mama izquierda en CSE de bordes irregulares. Macro calcificaciones de mama derecha e izquierda con centro radiotransparente (necrosis grasa). Axila derecha: sombra ganglionar. Axila izquierda: sombra ganglionar?. Conclusión: BI - RADS IV (ANORMALIDAD SOSPECHOSA)?. Seguidamente detalla los diferentes estudios realizados y sus resultados, como así también las consultas efectuadas con diferentes profesionales en la materia, hasta que el 13/09/18 el Dr. Sergio Susino la interviene quirúrgicamente por diagnóstico de carcinoma de mama izquierda, con informe de anatomía patológica de ?carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado de glándula mamaria, grado tres. Ganglios linfáticos axilares centinelas con metástasis neoplásica masivas?. Detalla los controles posteriores a la cirugía realizada prescribiendo el oncólogo, Dr. Morelli, con fecha 16/04/2019 mediante certificado médico ?...realizar Radioterapia de Intensidad Modulada, IMRT, atento que la paciente presenta una mama izquierda muy voluminosa, por lo que la radioterapia 3D va a producirle importante toxicidad dérmica y cardíaca, que no ocurrirá con la Radioterapia de Intensidad Modulada, IMRT, además la 3D le producirá dermatitis actínica en piel de la espalda, debido al extenso campo de radiación?. Continúa diciendo, que efectuado el pedido a la obra social a los fines de la autorización del tratamiento le responde ?que corresponde autorizar Radioterapia Tridimensional Conformada y que RECHAZA tratamiento de Radioterapia de Intensidad Modulada (IMRT)?. Ante esta negativa, el 12/06/19 la parte actora intima a la accionada para que proceda a: 1) dar la cobertura total e integral al 100% prescripta el 16/04/19 por el médico que la asiste, Dr. Juan José MORELLI, Oncólogo; 2) dar cobertura total e integral al 100% de toda la medicación necesaria, para paliar la enfermedad, prescripta por los profesionales que la asisten; 3) y dar cualquier otra cobertura total e integral al 100% que surja por motivos de la enfermedad que padece, negando la cobertura mediante carta documento del 21/06/19. Alude a los requisitos de admisibilidad de la acción y al marco normativo. Fundamenta legal y jurisprudencialmente la presente pretensión. Postula medida cautelar para que se ordene al INSSJP-PAMI la cobertura total e integral al 100% indicada. Manifiesta que se encuentran acreditados los requisitos para su procedencia. Ofrece prueba. Invoca el derecho que la asiste conforme lo dispuesto por la Ley de Amparo N° 16.986, Ley Provincial de Amparo 4.915, art. 43 concordantes y correlativos de la CN, sus leyes reglamentarias y artículos concordantes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la CN). A fs. 70 comparece el Dr. Jorge FARA y solicita habilitación de feria, reiterando el objeto de la demanda y acompañando nuevo presupuesto. Bajo este panorama, el Juez de grado concedió parcialmente la cautelar requerida en los términos del interlocutorio de fecha 18 de julio de 2019, al entender que se encontraban configurados los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora estipulados en el artículo 230 del CPCCN, como también la concreta posibilidad de consumación de un perjuicio irreparable para la salud de la actora. Ello, previa fianza personal de dos (2) letrados inscriptos en la Matrícula Federal (fs. 77/78). III.- Pasando al estudio de los agravios esgrimidos por la demandada, en primer lugar, corresponde remarcar que la ley N° 26.854 se circunscribe a la regulación de medidas cautelares en las que es parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados. Sin embargo, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) es una persona jurídica pública no estatal, y conforme la normativa de creación (Ley N° 19.032, modificada por Ley N° 25.615), dicho Instituto tiene por objeto otorgar -por sí o por terceros- a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, contando con individualidad financiera y administrativa. Es por todo ello que la ley N° 26.854 no resulta aplicable, y nos circunscribiremos a lo dispuesto en el C.P.C.C.N. en todo lo atinente a medidas precautorias. IV.- Aclarado ello, la cuestión a resolver -entonces- se circunscribe a analizar la procedencia o no de la medida cautelar otorgada. Ello así, el art. 230 del C.P.C.C.N. dispone que para la viabilidad de las medidas cautelares, deben reunirse los requisitos de la ?verosimilitud del derecho? y el ?peligro en la demora?.- Con respecto a la ?verosimilitud del derecho?, también llamado ?superficialidad del conocimiento judicial? (PALACIO, Lino E. ?Derecho Procesal Civil?, T. VIII, pág. 47), su análisis debe persuadir en términos suficientes de la razón que asistiría a quien peticona el auxilio jurisdiccional. De allí que la tarea del Juzgador se debe restringir a realizar ?...un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en dicho proceso...? (obra citada precedentemente, pág. 32). Por lo que, así como ?el humo es una señal o un fuerte indicio de que hay fuego, la verosimilitud del derecho será también un indicador de que éste existe, aunque sin la certeza que sólo podrá existir una vez que se dicte la sentencia definitiva en el proceso principal? (Revista Jurídica LA LEY, 2013-D. N° 149, 13 de agosto de 2013, pág. 5). Esta acreditación, se debe acompañar también del interés legítimo de la parte que la invoca, traducido en la demostración de la necesidad de disponer de esta medida cuando de no proceder así, se haría innocua o ilusoria la sentencia que se dicte o bien se afectaría la igualdad de los litigantes. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: ?como resulta de la naturaleza de las medidas

cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad? (conf. Fallos: 306:2060 entre muchos otros). En relación al ?peligro en la demora? recordemos que el mismo se entiende como el temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida (C.N. Civ., Sala E, Rep. E.D., t. 17, p. 646, N° 15). A decir de Calamandrei, hay casos en que, de existir demora, el daño temido se transformará en daño efectivo.

V.- Ingresando al análisis de la cuestión planteada, cabe recordar que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la cautelar es una medida precautoria excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Fallos 316:1833; 318: 2431; 319:1069 y 321:695). Por ello, a los fines de evitar desbordes que afecten y lesionen gravemente el derecho de defensa de la parte contraria, su dictado fue rodeado de ciertas exigencias (verosimilitud en el derecho invocado, grave peligro en la demora y contracautela) que garantizan una procedencia acotada a casos en los que se demuestre que la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

Dicho esto e ingresando al examen de los requisitos previstos en el art. 230 del C.P.C.C.N., de la prueba arrojada a la causa y de la breve reseña realizada ut supra, surge que dada la patología que aqueja a la señora G., E. C. (Cáncer de mama) su médico tratante - el oncólogo Dr. Morelli - ha concluido que, contrariamente a lo sostenido por la demandada, el tratamiento radiológico IMRT es el adecuado, ya que garantiza una mejor calidad de vida a los pacientes sometidos a él, así como también un menor daño a los órganos y tejidos cercanos al que recibe esta radioterapia (ver informe de fs. 28/29). En lo mismo concluye el Dr. Jorge A. Sar, especialista en Radioterapia (fs. 32/33). En este sentido, al momento de analizar las probanzas relatadas precedentemente, no puede dejar de soslayarse que en el presente amparo está comprometido el derecho fundamental a la salud, reconocido por los Pactos Internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. d., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Así, dichos Tratados han establecido que el derecho a la preservación de la salud, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618). Cabe señalar que no es óbice para la procedencia de lo aquí peticionado el hecho de que la prestación de que se trata no estuviera contemplada en el ?vademecum? del Programa Médico Obligatorio, puesto que el mismo no puede ser considerado como un ?tope excluyente? de toda otra prestación, sino como una ?base o piso prestacional?, el que puede y debe ser extendido a casos concretos que exijan prestaciones que no estén específicamente contempladas en el PMO y que puedan afectar la vida y la salud de las personas (en este sentido, CSJN ?N. de Z., M. c/ Famy S.A. Salud para la Familia s/ reclamo por actos de particular?, del 9/9/09). Dentro de este contexto, atendiendo a las consideraciones médicas realizadas por los profesionales actuantes, entendemos -prima facie- acreditado el requisito legal de la ?verosimilitud del derecho? ya aludido.

VI.- En cuanto al segundo requisito que prescribe el art. 230 del C.P.C.C.N., esto es el ?peligro en la demora?, aparece agudizado en la presente causa, ya que de negarse a la amparista la cobertura de lo solicitado, ello podría influir gravemente en su estado de salud, o en su mejora, poniendo en peligro su integridad física y evolución, determinando que la sentencia que resuelva en definitiva resulte ineficaz o de imposible ejecución.

VII.- En relación al planteo vinculado a que el objeto de la cautelar coincide con el fondo de la cuestión, entendiendo de esa forma que el Sentenciante al conceder la medida precautoria, adelanta opinión sobre el fondo, cabe manifestar que si bien para el dictado de una medida cautelar debe presidir a su valoración un criterio particularmente cuidadoso y restrictivo, limitando la posibilidad que la cautela coincida con el fondo de lo pretendido, merece especial atención, como ocurre en la causa traída a estudio, los casos en que esté en peligro la vida, la salud o la integridad física de las personas y más aún, cuando se encuentre debidamente acreditada en las actuaciones la existencia de circunstancias de necesidad que justifica la tutela cautelar. Así lo entendió también la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos ?Serú Campos, Juan Ignacio c/ Staff Médico S.A. s/ Art. 250 del Código Procesal - Incidente Civil? de fecha 26/05/11, en cuanto expresó: ?...La circunstancia de que exista coincidencia entre el objeto de la cautela y el del pleito, no sólo no comporta de por sí un obstáculo para el dictado de una medida como la solicitada, sino que, como tal, se traduce en un anticipo de jurisdicción expresamente admitido en aquellos casos en los que, frente a la imposibilidad práctica de lograr de un modo inmediato la decisión sobre el fondo mismo de la controversia, existe fundado motivo para temer que los derechos que puedan reconocerse en una posterior sentencia, se tornen ilusorios o de imposible cumplimiento, con la consecuente producción de perjuicios de muy dificultosa o imposible reparación?. En consecuencia, entiende este Tribunal que debe desestimarse el agravio hasta aquí tratado.

VIII.- Ello así y sin que lo antes expuesto en modo alguno implique adelanto de opinión sobre la cuestión de fondo planteada en la causa,

