

Tratamiento De Radio Terapia Cobertura Integral

JURISPRUDENCIA

Mendoza, 30 de octubre de 2019. VISTOS: Los

presentes autos N° FMZ 24126/2019/1/CA1 caratulados INC. DE MEDIDA CAUTELAR en autos ?IRUSTA ZUFIA, DARIO EDUARDO C/ OBRA SOCIAL PERSONAL DE ENTIDADES DEPORTIVAS Y CIVILES S/ PRESTACIONES MÉDICAS?, pasados al acuerdo a fs. sub 97, en fecha 10 de septiembre de 2019. Y CONSIDERANDO: 1.- A fs. sub. 27/41, el Sr. Darío Eduardo Irusta Zufia, con el patrocinio letrado del Defensor Público Oficial, Dr. Alejo Amuchastegui, interpone acción de amparo contra la Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles (OSPEDYC), con el objeto de dar cobertura total e integral del tratamiento de radio terapia de intensidad modulada, a realizarse en el Instituto Privado de Radio Terapia Cuyo S.A., ello conforme a las indicaciones médicas, en razón de un carcinoma epidermoide indiferenciado del recto inferior que padece. Funda la acción, en la negativa arbitraria y maliciosa de la Obra Social demandada a la cobertura de radioterapia de intensidad moderada que requiere, aduciendo de forma actual y con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta sus derechos constitucionales, consagrados en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. A su vez, interpone medida cautelar, con el objeto de que la demandada, mientras se sustancie el proceso, brinde cobertura total e integral (100%) urgente del tratamiento de radioterapia de intensidad moderada (técnica IMRT), en el Instituto Privado de Radioterapia Cuyo S.A., en razón del diagnóstico antes mencionado. 2.- Que a fs. sub. 46/50, el a quo resolvió: 1°) DECLARAR la procedencia del fuero federal y la competencia de este Tribunal para entender en la presente causa; 2°) HACER LUGAR, a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles (OSPEDYC), a dar cobertura total e integral (100%), del tratamiento de Radio Terapia de Intensidad Modulada, a realizarse en el Instituto Privado de Radio Terapia Cuyo S.A., conforme a las indicaciones del médico tratante, en razón del carcinoma epidermoide indiferenciado de recto inferior que le aflige, bajo apercibimiento de ley; 3°) PREVIO al despacho de la medida, deberá rendir el actor, Sr. Darío Eduardo Irusta Zufia, CAUCIÓN JURATORIA en forma personal e indelegable ante la Secretaría del Tribunal, a los términos del art. 199 del C.P.C.C.N., a los fines de garantizar los eventuales daños que el cumplimiento de la precautoria podría irrogar; 4°) IMPRÍMASE a la presente acción el trámite del proceso SUMARÍSIMO, establecido por los arts. 321 y 498 del C.P.C.C.N., ordenándose correr traslado de la demanda Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles (OSPEDYC), por el término de CINCO (5) días, plazo en el cual deberá comparecer, contestar demanda, ofrecer las pruebas que hagan a su derecho y constituir domicilio procesal dentro del radio de este Juzgado, bajo apercibimiento de ley. CÓPIESE, OFICIESE Y NOTIFÍQUESE. 4.- Contra la resolución, se alza el demandado Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles (OSPEDYC), solicitando su rechazo. Ello por los fundamentos de hecho y derecho a los cuales he de remitirme en honor a la brevedad. Trataremos seguidamente, los agravios que fueron materia de apelación de la medida cautelar otorgada por el juez de primera instancia. 5.- Que, en principio, corresponde destacar que en nuestro ordenamiento jurídico vigente el derecho a la salud posee consagración constitucional (art. 42, Constitución Nacional; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, ratificado por ley 23.313 (ED-LA, 1986A-36), en razón de que tales normas internacionales gozan de jerarquía superior a las leyes internas, según el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, por lo que la sola posibilidad de que se produzca un agravamiento o abandono de la salud de un habitante justifica atender a los términos de la pretensión a fin de garantizar tal protección. En el sentido indicado, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación. A ello debe sumarse, el valor vida involucrado, ya que la dignidad de la persona que requiere la protección resulta ser un objetivo que prima por sobre otros aspectos secundarios que condicionen el cumplimiento del deber de brindar satisfactoria, oportuna y eficiente respuesta a la atención que se requiere. Que es reiterada la doctrina y jurisprudencia que sostiene que el derecho a la vida comprende a la dignidad, la calidad de vida, el goce del ser humano. Así, por ejemplo, las patologías son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y en la medida que pueden ser aliviadas o sanadas deben serlo, pues si no incorporan un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana (conf. Ghersi, Carlos ?Medidas Autosatisfactivas: El Poder Judicial y Los Derechos Humanos?, J.A. DEL 29/08/01, pág. 78 y sgtes. - Doctrina citada en autos : ?G, E.L. c/ IOMA?, Juzgado de 1° Inst. en lo Cont. Adm. n° 1 de la La Plata y recientemente por este Tribunal en autos n° 38.997/3: ?Cabrera, María Dolores c/ Inst. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados p/ Amparo?, Resol. 04/08/05). En efecto, nuestro ordenamiento constitucional establece, en el art. 42, en materia del reconocimiento y protección del derecho de consumidores y usuarios, la protección de la salud; el art. 75, en su inc. 19, alude a políticas conducentes al desarrollo humano y en el inc. 23, a medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de trato y pleno goce de ejercicios reconocidos. 6.- Dicho esto e ingresando al análisis del caso, estima esta Sala que corresponde rechazar el recurso de apelación planteado por la

demandada y en consecuencia confirmar la medida cautelar ordenada por el a quo, conforme los fundamentos que a continuación se detallan: Que del estudio y análisis de los agravios se ha de alcanzar el rumbo de nuestro más Alto Tribunal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, ?Fallos?: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado?, T I, pág. 825; Fenocchiato Arazi. ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado?, T 1, pág. 620). En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, ?Fallos?: 274:113; 280:3201; 144:611). Deviene oportuno lo expresado, por las cuestiones que más adelante se han de ventilar.

7.- Que como introducción al tema sometido a conocimiento del Tribunal, parece conveniente recordar que la naturaleza de las medidas precautorias no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud, y que 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 (Fallos: 306: 2060; Sala 1, causas 39.380/95 del 19.3.96, 21.106/96 del 17.7.97, 1251/97 del 18.12.97, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 11.3.99, 7936/99 del 14.3.2000 y 2849/2000 del 30.5.2000). En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (conf. FenochiettoArazi, ?Código Procesal comentado?, tomo 1, pág.742). Debe señalarse entonces que la cautelar otorgada a favor del amparista tuvo por finalidad impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende a través del proceso instaurado, pierda eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del mismo y el dictado de la sentencia definitiva. Vale destacar, que en el caso de autos, nos encontramos con una persona cuyo diagnóstico, carcinoma de recto epidermoide indiferenciado del recto inferior (v. fs. sub 16/24), no admite demora alguna, puesto que su evolución podría poner en riesgo el derecho a la salud, ello conforme a los parámetros que más arriba se deslindaron.

8.- Sentado lo precedente, corresponde verificar si se dan en el caso los presupuestos para su procedencia, es decir, la verosimilitud del derecho ?fumus bonis iuris? y el peligro en la demora ?periculum in mora?. A fin de examinar si se encuentra configurado el primero de los extremos apuntados, cabe señalar que de las constancias obrantes en la causa, surge que el Sr. Darío Eduardo Iruza Zufia, D.N.I. N° 16.511.020, actor en autos, se encuentra afiliado a la Obra Social (v. fs. sub 1/6), bajo el número de identificación 16511020-00, y que a la fecha del presente recamo, el 17 de mayo del 2019 el servicio se encuentra debidamente pagado. Del mismo modo, se encuentra acreditado que el reclamante, de 55 años de edad, padece de carcinoma de recto epidermoide indiferenciado de recto inferior, localizado estadio IIB (v. fs. sub 16), siendo prescripción expresa de los médicos tratantes, la necesidad de comenzar con un tratamiento de radioterapia neo adyuvante para posterior cirugía. Tal extremo, implica la necesidad de un tratamiento especial para dicha afección, siendo esencial la opinión de los profesionales en la materia a los efectos de poner en marcha todas las acciones necesarias para su tratamiento. En tal punto, es importante destacar que la respuesta ofrecida por la demandada, con el objeto de que la actora realice una terapia de 3D, no cumple con lo expresamente solicitado por los médicos a los fines de salvaguardar la integridad del paciente, máxime teniendo en cuenta que la prescripción fue esgrimida con fuertes argumentos que hacen a la necesidad de un tratamiento distinto. A mayor abundamiento, el médico tratante Dr. Diego Flores, prescribió específicamente y de forma urgente ?modalidad IMRT a los efectos de dar la meor toxicidad posible a los órganos cercanos (vejiga, intestino delgado, cabezas femorales, etc.)? (v. fs. sub. 11 y vta.) Así las cosas, y a los efectos de contemplar el posible acceso a derecho en forma cautelar, entiendo que conforme se desprende de los certificados médicos extendidos en fecha 3 y 6 de mayo de 2019 por el Dr. Diego Flores, la indicación de la técnica de radioterapia de IMRT se fundamenta en ser la técnica menos tóxica para el resto del organismo, lográndose conmover los pilares sobre los cuales formuló su pretensión. Es que, no cualquier prestación satisface el deber a cargo de la Obra Social, sino que la prestación deberá reunir las características esenciales para garantizar el más alto resultado posible, respondiéndose a la demanda de forma oportuna, y sobre todo idónea para la particular circunstancia que atraviesa el afiliado. Atento a lo expuesto, este Cuerpo estima suficientemente acreditado el denominado ?fumus bonis iuris? siempre dentro del marco de provisoriedad en que este extremo debe ser analizado.

9.- Demás está decir que, aparte de existir ?verosimilitud del derecho? concurre en el caso el ?periculum in mora?, en tanto existe peligro de que si mantiene o altera la situación de hecho o derecho, la modificación puede influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible. Es dable destacar aquí el reiterado criterio que indica que cabe ser menos exigentes con la acreditación del ?periculum in mora? cuando es más intensa el ?fumus bonis iuris? detectado, extremo que acontece en el ?subiúdice?. La doctrina autoral y judicial han adherido a esta línea argumental, cuando señalan que a ?mayor verosimilitud corresponde exigir menor peligro? y, a la inversa, ?al mayor peligro, menor verosimilitud?, aun cuando éste nunca puede ser excluida (CNFed., sala Contencioso administrativo, ?Banco Popular de La Plata c. Banco Central de la Rep. Argentina?, 18/10/65, LL., 120764; CNFed. Civil y Com., sala II, ?Luz y Fuerza c.

Hoteles de Turismo?, JA, 1984-418; CNFed. Contencioso Administrativo, sala II, ?CAS T.V. S.A. y otras c. Estado nacional (PEN) y Otro s/nulidad y medida de no innovar?; íd., sala I, ?El expreso ciudad de Posadas c. Estado nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos), LL., 1993B, 424). Que, de este modo, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada en la acción de amparo articulada, teniendo en cuenta el derecho a la salud que se pretende proteger, el que goza de jerarquía constitucional, y asimismo, atendiendo al tipo y la gravedad del caso sometido a este análisis, se juzga procedente confirmar la cautelar ordenada a fs. sub. 46/50 con el objeto de que la Obra Social demandada otorgue la cobertura a lo petitionado en el escrito inicial del amparista, ello conforme a la reglamentación vigente, hasta tanto se resuelva en definitiva la cuestión planteada. Lo dicho recae aun con mayor compromiso, advirtiéndose las características particulares del caso, pero por sobre todas las cosas por la naturaleza médica del reclamo, la cual repara una solución impostergable por los responsables de la Obra Social. En este sentido, es dable advertir que desde el punto de vista de la prestación que se exige a la Obra Social demandada, existe razón fundada, para que de forma actual y urgente (conf. surge de las prescripciones médicas otorgadas por el médico tratante, Dr. Diego Flores, v. fs. sub. 7), la demandada cumpla con su obligación prestacional, cumpliéndose por ende, los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar solicitada. 10.- Que, respecto a las costas, no existen motivos suficientes que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota. Es por ello, que, dado el sentido de mi voto, considero que el caso ha de regirse por el principio general en la materia: las mismas ?se imponen al vencido? (art. 68 C.P.C.C.N.), esto es, a la Obra Social demandada del Personal de Entidades Deportivas y Civiles. Atento a lo expuesto, por mayoría SE RESUELVE: 1) NO HACER LUGAR al recurso interpuesto por la parte demandada a fs. sub 73/78 y en consecuencia, confirmar la resolución recurrida obrante a fs. sub 46/50 en cuanto fuera motivo de apelación y agravio; 2) IMPONER las costas de esta Alzada a la parte demandada vencida, conforme el principio objetivo de la derrota. (Art. 68 C.P.C.C.N.); 3) DIFERIR suo tempore la regulación de honorarios. (conf. Ley N° 27.340). PROTOCOLICESE.NOTIFQUESE.PUBLIQUESE. Firmado: Dres. Manuel Alberto Pizarro, Juan Ignacio Pérez Curci y Olga Pura Arrabal. Ante mí, Rolando Héctor Marino, Secretario de Cámara. 076975E