

Cámara de Apelaciones- Sala Primera Civil y Comercial
" c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos
(I OSPER) s/ Acción de Amparo", Expte.N° 8332/C

GUALEGUAYCHÚ, 20 de mayo de 2024.

Y VISTOS: estos autos caratulados " c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) s/ Acción de Amparo", Expte.N° 8332/C, venidos a despacho para resolver de modo unipersonal, y de cuyas constancias,

RESULTA:

1.-El día 15/05/2024 se interpuso acción de amparo la Sra. , con patrocinio letrado contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) para que le provea la medicación que detalló consistente en: BEVACIZUMAB 10MG/KG (días 1 y 15) + PACLITAXEL 90 MG/M2 (días 1,8 y 15) + ONDANSETRON 8 MG (días 1, 8 y 15), denunciando que la conducta omisiva de esa la Obra Social le impedía comenzar el tratamiento de quimioterapia que le fue prescripto por su médico tratante con carácter de urgente.

Dijo que tal actitud, amenazaba, restringía, alteraba, impedía y lesionaba de manera manifiestamente injusta su derecho constitucional a la salud.

Habló de aspectos relativos a este trámite de amparo y dijo que era afiliada de la obra social IOSPER. , y que acompañaba recibos de haberes que lo exponían; que tiene 56 años de edad, y padecía cáncer operado de mama, triple negativo, actualmente avanzado e inoperable, por el que debe realizar tratamiento de quimioterapia urgente, y contar con la medicación que la accionada le negó.

Especificó que su médico tratante, Franco Ramello, indicó tratamiento con Bevacizumab, Paclitaxel, y Ondasetron que solicitó a la demandada en fecha 11/04/2024, sin tener respuesta formal, sino solo una negativa verbal, por mail y por whatsapp enviado por IOSPER el día 14/05/2024, donde se limitó a explicar la negativa para autorizar la mediación ofreciendo alternativas de otra medicación, que no fue solicitada por el médico oncólogo en función de su patología y su caso particular, señalando que en la prescripción el Dr. Ramello detalló con fecha 30/04/24 que solicitaba a la brevedad la medicación detallada por ser un tipo de patología avanzada e inoperable siendo el retardo del comienzo de tratamiento un riesgo para su vida.

Pidió en consecuencia medida cautelar para que le sea provista la medicación, atendiendo que cada día implicaba un agravamiento de la

enfermedad y la reducción de las chances de curarse, por lo que cuestionó la actitud dilatoria de la Obra Social, solicitando la articulación de medidas idóneas para que la accionada cumpla con las obligaciones a su cargo, y cese en su obrar arbitrario de forma inmediata.

Dió cuenta de los presupuestos de admisibilidad formal, ante la existencia de un acto lesivo de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por la falta de razonabilidad de la negación del medicamento, siendo la vía del amparo idónea para los reclamos relacionados con el derecho a la salud, y ante la ausencia de vías previas o paralelas, en cuanto una eventual vía ordinaria le ocasionaría un daño irreparable.

Reseñó los derechos vulnerados, comenzando por el derecho a la vida, convenciones internacionales aplicables y fallos de la Corte Suprema en relación al tema, afirmando que las leyes N° 23.660 y 23.661 aseguran el derecho al goce de la salud, mientras que la accionada lo ha desconocido arbitrariamente.

Calificó de antojadiza la respuesta de la obra social donde pretendió entregar otro tipo de material que no fuera importado, porque implicaba la denegatoria de cubrir las prestaciones de manera irrazonable, afectando de manera directa, inminente, arbitraria e ilegítima el derecho a la preservación de la salud y eventualmente el propio derecho a la vida, con lo que se insistió en el pedido de que la condena sea por la medicación detallada para dar inicio al tratamiento. Ofreció prueba, fundó en derecho e hizo reserva de la existencia de caso federal.

2.- El 15/05/2024 establecí que en el marco procesal de la acción de amparo, la tutela anticipatoria inaudita parte pedida no podía progresar, siendo que la celeridad del trámite permitiría resolver el fondo sin dilación. Ordené librar mandamiento a la demandada, solicitando que de modo adicional explicita su respuesta que era motivo del amparo, y dí intervención al Cuerpo Médico Forense de la jurisdicción.

3.- El 17/05/2024 se presentó la Dra. Adriana Bacigaluppe invocando la representación del IOSPER y contestando el informe del art. 8 de la ley 8369 y solicitando el rechazo de la demanda.

Comenzó por destacar que en el caso no hubo silencio ni incumplimiento por parte de la obra social, ya que la prestación solicitada por la amparista fue atendida por IOSPER cuando inició su trámite el 18/04/2024 mediante solicitud N° 1.217.598 y se le informó que “La Sra. _____, con antecedentes de tratamiento previo con AC (Adriamicina y Ciclofosfamida), Trastuzumab y

Anastrozol, presenta una nueva inmunohistoquímica (IHQ) que evidencia HER2 negativo, PDL1 negativo. En vista de esta actualización en su perfil molecular, se ha solicitado iniciar un nuevo régimen de tratamiento con Bevacizumab, Paclitaxel. Sin embargo, cabe destacar que la FDA ha retirado la indicación de Bevacizumab en este contexto clínico debido a la falta de evidencia de supervivencia global y a una alta tasa de toxicidad, incluyendo eventos adversos como accidentes cerebrovasculares, cefaleas y hipertensión arterial. Ante esta situación, se solicita ampliar la indicación de Bevacizumab, considerando la ausencia de otras opciones terapéuticas eficaces y la necesidad de abordar la progresión de la enfermedad de manera efectiva, pero se recomienda evaluar cuidadosamente los riesgos y beneficios asociados con este tratamiento alternativo”.

Se dijo que en situaciones como la presente en la que se discute la procedencia de la indicación y la necesidad -o no- de cobertura y provisión de medicación por parte de la obra social, la respuesta jurisdiccional debe basarse necesariamente en los criterios de profesionales de la salud quienes -a través de sus conclusiones científicas asesoran al juez en conocimiento específicos que el magistrado carece, por lo que solicitó que el médico forense informe la procedencia o no del mismo, con cita de jurisprudencia.

Sostuvo que no se trata de una respuesta caprichosa ni arbitraria del IOSPER, quien cuenta con la facultad de auditar los medicamentos que se le solicitan y autorizarlos si la patología lo amerita, explicando que en el caso se explicó que la FDA ha retirado la indicación como lo expuso el Médico Auditor Jorge Andres Lavigna, del Dpto. Farmacología Clínica, y que se informó de la existencia de otras opciones con cobertura a los fines de mejorar la salud y calidad de vida de la amparista, por lo que no existió arbitrariedad de parte de la demandada, ni ilegitimidad y tampoco hubo lesión o afectación de derecho o garantía alguna, por lo que la acción debía ser rechazada.

Se refirió a continuación acerca de la excepcionalidad de la vía del amparo y ausencia de los presupuestos de procedencia enunciados por la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Siguió con la negativa de afirmaciones del escrito de demanda, desestimando la existencia de un rechazo arbitrario y sin justa causa del tratamiento, y entre otras cuestiones ya expuestas, que hubiera mediado silencio de la obra social, o puesto en riesgo la salud de la actora; ofreció prueba y petitionó el rechazo de la demanda con costas.

4.-En fecha 17/05/2024 solicité al Cuerpo Médico Forense que en función de la materia que concierne al amparo, se expidiera en el plazo 3 días corridos sobre la respuesta brindada por el IOSPER a la solicitud de prestación del amparista, y la justificación o no, desde el punto de vista médico y conforme a los antecedentes de la reclamante, teniendo en cuenta la prescripción del médico tratante que motiva este proceso y las circunstancias por éste consideradas, con una proyección sobre el tratamiento y su eficacia.

El 19/05/2024 los integrantes de dicho departamento, Dres. Marcelo M. Benetti y Cristian L. Castell, informaron que según la documentación médica obrante en la causa, la Sra. , por estudios complementarios, presenta como antecedentes que fue operada de cáncer de mama y realizó tratamiento quimioterapia, y actualmente recurrencia, siendo triple negativo estadio III, confirmado por biopsia de músculo pectoral, según informe de Patología en hoja 5 de documentales médicas, positivo para células neoplásicas.

Concretaron que se define a esta patología por ausencia de expresión del receptor de estrógeno (ER), el receptor de progesterona (PR) y el receptor 2 del factor de crecimiento epidérmico humano (HRE2/neu); que este tipo de cáncer es el subtipo tumoral con un comportamiento más agresivo y de peor pronóstico; y en cuanto al estadio III, que es aquel tumor que mide más de 5 cm o invade piel o músculo que está por debajo, o se ha propagado a ganglios linfáticos adyacentes, en el caso particular, músculo por debajo de glándula mamaria (músculo pectoral).

Respecto a la prescripción del médico tratante que motiva este proceso contestaron que en este caso particular, donde la paciente presenta este tipo de enfermedad oncológica ya con tratamientos previos (cirugía más quimioterapia) en su estadio (III), manifestaron estar de acuerdo con el esquema propuesto por su oncólogo de cabecera "BEVACIZUMAB 10MG/KG (días 1 y 15) + PACLITAXEL 90 MG/M2 (días 1,8 y 15) + ONDANSETRON 8 MG (días 1, 8 y 15)" (avalado por AAOC).

5.- Surge de lo expuesto que la acción intentada se encuadró en la vía del amparo de salud, con las particularidades constitucionales y convencionales que le otorgan el carácter de una tutela especial diferenciada tal como lo ha distinguido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acorde a la urgencia ínsita y al impacto que su afectación produce en otros derechos derivados, también fundamentales, como la vida, la dignidad y la integridad personal (Fallos: 336:2333; 330:4647; 331:2135; 332:1200; 327:2413; entre

otros).

He detallado meticulosamente las posiciones de las partes y el aporte efectuado por el Cuerpo Médico Forense. Surge de ello que la accionada cuestiona la procedencia de la vía intentada, pero no niega el carácter de afiliada del amparista, su padecimiento, ni la cobertura que ha tenido por los tratamientos efectuados en función de la misma enfermedad, aunque mantiene la tesitura del rechazo de la prestación solicitada en este estadio de la enfermedad que fue expuesta en el trámite administrativo con fecha 18/04/2024, que según la actora, recién le fue notificada por el canal de whatsapp el 14/05/2024.

Surge de esa respuesta que dicho rechazo se basó en el informe del médico auditor que refirió: “La Sra. Patricia Racca, con antecedentes de tratamiento previo con AC (Adriamicina y Ciclofosfamida), Trastuzumab y Anastrozol, presenta una nueva inmunohistoquímica (IHQ) que evidencia HER2 negativo, PDL1 negativo. En vista de esta actualización en su perfil molecular, se ha solicitado iniciar un nuevo régimen de tratamiento con Bevacizumab, Paclitaxel. Sin embargo, cabe destacar que la FDA ha retirado la indicación de Bevacizumab en este contexto clínico debido a la falta de evidencia de supervivencia global y a una alta tasa de toxicidad, incluyendo eventos adversos como accidentes cerebrovasculares, cefaleas y hipertensión arterial. Ante esta situación, se solicita ampliar la indicación de Bevacizumab, considerando la ausencia de otras opciones terapéuticas eficaces y la necesidad de abordar la progresión de la enfermedad de manera efectiva, pero se recomienda evaluar cuidadosamente los riesgos y beneficios asociados con este tratamiento alternativo”.

Vale apuntar que entre la documental aportada por la reclamante obra constancia fechada el 30/04/2024 del médico tratante, Dr. Franco A, Ramello, en donde insiste con su indicación, menciona la autorización de ANMAT con la que cuenta la medicación denegada y alude a la brevedad que exige el suministro y el riesgo de vida que corre la paciente.

6.- En relación a los reparos de la accionada de índole formal, aprecio por mi parte que los mismos son desacertados, desde que analizados los mismos desde la óptica del art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC), resulta que el proceso es idóneo en función de la urgencia de los derechos constitucionales involucrados, no existe otra acción o recurso pendiente, ni se encuentra operativa ninguna caducidad sobre la acción intentada.

Además, para el IOSPER su respuesta al afiliado no exhibe un acto que “en forma actual o inminente, amenace, restrinja, altere, impida o lesione de manera manifiestamente ilegítima el ejercicio de un de un derecho o garantía implícito o explícito reconocido por la Constitución Nacional o Provincial”, y que por ello justifique la vía -art.1 LPC-.

Sin embargo la explicación con la que el IOSPER sustentó su negativa, fue una vaga invocación de su auditor médico a una recomendación de la FDA (Administración de Alimentos y Medicamentos de EEUU, y FDA, es la sigla en inglés), justificación insuficiente en la emergencia para considerarla fundada, dado que no fue individualizada, no puede confrontarse, ni valorarse sus fundamentos, actualidad, y razonabilidad de aplicación en este supuesto; máxime cuando en este litigio el Cuerpo Médico Forense local, avaló la indicación del médico tratante desestimando en base a los antecedentes de la amparista, los reparos de la obra social.

He dicho ya en casos análogos, que entiendo que deban existir protocolos de actuación para que el IOSPER pueda cumplir su objeto en forma ordenada incluso económicamente para toda la masa de afiliados, pero no comprendo por qué despersonaliza su atención en casos extremos como el de autos, en que el derecho a la vida está en claro riesgo. No menos ágil que los tiempos previstos para un amparo, deben ser los que tenga en cuenta el organismo para responder a los requerimientos de sus afiliados en circunstancias como estas, ya que los derechos por los que se acude a esta vía constitucional, son los mismos que antes se intentaron hacer valer ante la obra social.

Pero además, en esos tiempos, debe no solo responder acabadamente, sino también brindar la solución prestacional al afiliado. Por el contrario, en el caso, al evacuar la solicitud de cobertura se sometió a la actora a gestionar la reevaluación de la indicación médica en función de una imprecisa invocación a que la FDA retiró la indicación de Bevacizumab en este contexto clínico por falta de evidencia de supervivencia global y a una alta tasa de toxicidad, incluyendo posibles eventos adversos, recomendando evaluar cuidadosamente los riesgos y beneficios asociados con este tratamiento alternativo, como si el médico tratante -que como apunté, insistió con su prescripción- no hubiera considerado las circunstancias específicas de su paciente.

Mal podría obviarse que la actitud no es propia del derecho a la información completa, al trato digno, considerado, colaborativo y hasta preferente que se debe dispensar al afiliado atravesado por un padecimiento tan

serio en la instancia administrativa, ámbito en el que por regla, tendrían que agotarse estas cuestiones.

En cambio, aquí el IOSPER brindó una respuesta incompleta, denegó la prestación y mandó a la afiliada enferma de cáncer en una situación de gravedad, a pedirle nuevamente la receta a su médico tratante según lo que consideraron apropiado sus auditores, invocando sin precisión de ningún tipo a la FDA, sin ofrecer soluciones ajustadas a la urgencia y al cuadro de la Sra. Racca.

Creo por tanto, que efectivamente existe un proceder arbitrario e ilegítimo de la demandada, pues la falta de respuesta completa y tempestiva al pedido prestacional relativo al tratamiento aquí ventilado, lesionó o al menos amenazó, los derechos a la salud y a la vida del amparista, al vedarle con ello la provisión oportuna y completa del tratamiento necesario para garantizar tales derechos fundamentales, siendo que la prolongación de la interrupción del tratamiento causada por esa respuesta impropia, podría tomar connotaciones de irreparabilidad.

Debe reconocerse entonces el derecho de la actora a una rápida respuesta prestacional de la obra social para un tratamiento que admitió debía continuar, y que por lo tanto debió regirse por el "principio de no interrupción", el cual aquí se denunció infringido.

Es por eso, que existiendo una vulnerabilidad ínsita en quienes reclaman la cobertura de tratamientos de salud en situación de gravedad, la cual debe ser nivelada por mandato del art. 75 inc.23) de la Constitución Nacional, mandaré a que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas de notificada la presente, el IOSPER satisfaga en forma efectiva la prestación, bajo apercibimiento de habilitar la vía de la ejecución monitoria con la sola denuncia del incumplimiento, y el presupuesto respectivo -art. 25.2.c) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos-.

7.- Por lo expuesto, el amparo será acogido y las costas según el principio objetivo de la derrota, tendrá que soportarlas la accionada.

Entonces, conforme lo tiene establecido el art. 14 LPC y los fundamentos expuestos, en definitiva, juzgando,

RESUELVO:

1.- HACER lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. _____, afiliada de la obra social IOSPER. N° 52-52083801-5, y en consecuencia, **ORDENAR** la inmediata continuidad de su

tratamiento y al efecto, **INTIMAR** al accionado Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) para que el plazo de cuarenta y ocho horas (48) horas, satisfaga en forma efectiva la prestación requerida consistente en BEVACIZUMAB 10MG/KG (días 1 y 15) + PACLITAXEL 90 MG/M2 (días 1,8 y 15) + ONDANSETRON 8 MG (días 1, 8 y 15), bajo apercibimiento de habilitar la vía de la ejecución con la sola denuncia del incumplimiento, y el presupuesto respectivo.

2.- IMPONER las costas a la demandada.

3.- REGULAR honorarios a favor de las Dras. Karina Analía López y Selva María del Rosario Chesini, en la suma de PESOS CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL (\$196.000 = 20 J) para cada una y a favor de la Dra. Adriana Bacigaluppe, en PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS (\$274.400= 28 J), conf. arts. 3, 14, 61 y 91 Ley 7046, valor jurista \$9.800.

4.- REGISTRAR, NOTIFICAR por el SNE conforme art.5 del Reglamento aprobado por Ac.Gral.15/18, y oportunamente ARCHIVAR. FD: **ANA CLARA PAULETTI**

Conste que la presente se suscribe mediante firma digital. En 20 de mayo de 2024 se registró en soporte informático (Acuerdo S.T.J N° 20/09 del 23/06/09 Punto 7). Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la ley 7046, se transcriben los siguientes los artículos:

Art. 28: NOTIFICACIÓN DE TODA REGULACIÓN. Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art.114". Art. 114: PAGO DE HONORARIOS. Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que quede fijado definitivamente su instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales". Secretaría, 20 de mayo de 2024. FD:DANIELA A. BADARACCO - Secretaria.