

Partes: A. S. M. c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Rosario

Sala/Juzgado: A

Fecha: 17-mar-2021

La obra social debe cubrir con carácter de medida cautelar, la droga necesaria para la realización de quimioterapia, aun cuando alegue que la actora no acompañó la documentación que le fue requerida.

Fallo:

Visto, en Acuerdo de la Sala «A» integrada, el expediente N° FRO 26191/2020/CA1 «A. S. M. C/ASOCIACION MUTUAL SANCOR SALUD s/ AMPARO», (del Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Santa Fe), del que resulta; Vinieron los autos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución del 21/12/2020, mediante la cual se hizo lugar a la medida cautelar y se ordenó a Mutual Sancor Salud que entregue o cubra al 100% las drogas ATEZOLIZUMAB más quimioterapia (NAB-PACLITAXEL) en la forma prescripta por el médico tratante, fijándose como contracautela caución juratoria de la actora.

Concedido el recurso de apelación se ordenó correr traslado a la contraria, el que fue contestado.

Elevado el expediente digital a esta Alzada y recibido en la Sala «A», se decretó el pase de los autos al Acuerdo y quedó la causa en estado de ser resuelta.

La Dra. Vidal dijo:

1) En primer lugar la recurrente impugnó la vía procesal elegida por la parte actora, por inadmisibles e improcedentes, atento no haber acreditado la existencia de los presupuestos de hecho y derecho previstos en el artículo 43º de la Constitución Nacional.

Sostuvo que la acción de amparo fue interpuesta contra actos de un particular, prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional, pero se le aplican -de manera improcedente- los principios del art. 1 de la ley 16.986 según el cual la acción de amparo será admisible «contra todo acto u omisión de autoridad pública.» Añadió, que sin perjuicio de ello, la acción resulta inadmisibles, en tanto no se acreditó en autos el agotamiento de los recursos o remedios administrativos que permiten obtener la protección de los derechos o garantías constitucionales y cuya existencia

inhabilitan la vía del amparo, conforme lo previsto en el artículo 2º inc.a) de la ley 16.986, por lo que solicitó su rechazo.

Indicó que resulta claro que la vía ante la Superintendencia de Seguros de la Nación se encuentra abierta, en virtud de la resolución recurrida que reza; «.presenta en fecha 18/12/2019 la solicitud de continuidad del reclamo ante el área legal en Buenos Aires (Nº expte. 2019-101544271-APN-DGYAISS SSS).»

Destacó que por el objeto comprometido y las pruebas de las que debe valerse en el presente juicio, existen procesos rápidos e idóneos sin que se vea perjudicado su derecho, pudiendo tramitar por las prescripciones del proceso sumarísimo.

Manifestó que nuestra legislación vigente tiene normas específicas, como lo son el art. 43 de nuestra carta magna y la ley 16.986, que regulan el procedimiento de la acción de amparo, y que dicha normativa es clara en su letra y espíritu en cuanto a que este tipo de acción es excepcional y expedita, que sólo debe aplicarse en ocasiones específicas, siendo precisamente las normas enumeradas las que delimitan el ámbito de aplicación.

Aclaró que no hubo incumplimiento alguno de la demandada y que no se produjo lesión de ninguna naturaleza a un derecho de titularidad de la actora, atento a que nunca se le negó cobertura, sólo se le requirió la presentación de documentación que nunca llevó a cabo y sin más interpuso la presente acción.

En virtud de lo expuesto requirió que se rechace la vía elegida.

Sin perjuicio de la inadmisibilidad de la vía planteada alegada, argumentó que la empresa de Medicina Prepaga a la que representa hizo saber a la amparista por distintos canales digitales, incluso por carta documento, que a los fines de evaluar su pedido debía presentar cierta documental, pero nada aportó.

Reiteró que AMSS no negó ni demoró el otorgamiento de la prestación.

Declaró que según sus registros, la asociada recibió tamoxifeno desde febrero 2013 hasta octubre 2014, que luego, en 2018 inició tratamiento con paclitaxel, seguido de letrozol, que culminó en septiembre 2019 y que para analizar la procedencia del pedido, se necesita informe médico completo justificando los motivos de la interrupción precoz de la hormonoterapia en dos oportunidades, biopsia y receptores hormonales que motivaron tratamiento en 2018, y los actuales. Que la amparista nunca aportó los elementos suficientes para brindarle una respuesta, ni siquiera los acompañó a la demanda.

Explicó que al ser un medicamento de alto costo, AMSS realiza la provisión y cobra la diferencia al asociado en la liquidación mensual, pero ello se materializa previa aceptación de parte de la asociada.

Afirmó que en todo momento recibió las prestaciones que hacen a su derecho y que están contenidas en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO) según su reglamentación, único menú prestacional al que está obligada su parte en su carácter de agente del seguro de salud. Por los motivos expuestos aseveró que surge palmariamente que se ha autorizado tratamiento acorde a su patología con criterio de la auditoría médica y ante su pedido de cambio debe tener los elementos suficientes para evaluarlo, lo que es obligación (incumplida) de la amparista, por lo que solicitó que se rechace la cautelar, con costas.

2) Al contestar los agravios la actora expresó que yerra la accionada al sostener que resulta inadmisibile el amparo incoado invocando para ello el art. 1 de la ley 16.986 cuando, en realidad, está zanjado desde antaño que la acción de amparo resulta efectivamente admisible contra actos de particulares (siendo aquella norma aplicable supletoriamente al trámite del art. 321 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Añadió que asimismo, incurre en grave error jurídico -y en forma autocontradictoria con el planteo anterior- al invocar el «agotamiento de los recursos o remedios administrativos». En ese sentido dijo que, prestigiosa doctrina sostiene que el art. 2 inc. a de la ley 16.986 -que exige tal agotamiento- ha devenido inconstitucional en virtud de que el art.43 de la Constitución nacional prevé la vía del amparo «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo», es decir, eliminando la exigencia del tránsito por vías administrativas.

Respecto a lo sostenido por Sancor en cuanto a que se entabló denuncia ante la Superintendencia de Seguros de la Nación y que nunca se culminó dicha etapa, manifestó que su parte jamás lo invocó en la demanda ni hizo tal denuncia en la práctica.

Adujo también que el apelante no efectuó una crítica concreta, precisa y clara a los argumentos expuestos por el señor Juez de Primera Instancia, incumpliendo así la carga del art. 265 del C.P.C.C.N.

Agregó que resulta falsa la afirmación de que existen procesos rápidos e idóneos sin que se vea perjudicado su derecho, cuando es sabido que la acción de amparo es la vía judicial más rápida y expedita que existe en el ordenamiento procesal. Máxime cuando está en juego la vida y la salud de una persona de edad avanzada.

En segundo lugar refutó que haya habido cobertura a su mandante y que «sólo se le requirió la presentación de documentación que nunca llevó a cabo». En este punto afirmó que el pedido médico del Dr. Blajman ingresó en fecha 2.12.2020. Que el 9.12.2020 su parte recibió un mail el que fue evacuado el 14.12.2020 con todo el detalle de la prescripción médica, lo que había sido también explicado en la carta documento de fecha 10.12.2020.

Aseveró que el pedido médico es contundente, conteniendo información minuciosa y detallada, encontrándose los auditores en condiciones de evaluar la cuestión.

Destacó que durante todo el 2020 estuvo subiendo al sistema estudios, prácticas, informes médicos lo que demuestra que la demandada estaba en pleno conocimiento del diagnóstico de su mandante y jamás propuso alternativas terapéuticas superadoras.

Negó que se haya autorizado tratamiento acorde a su patología con criterio de la auditoría médica de esa Obra Social en tanto indicó que del historial de prácticas autorizadas actualizado al 29.12.2020, se advierte que únicamente (luego del 2.12.2020) se autorizó un Eco Doppler, pero nada más.

3) A. S. M.V inició acción de amparo contra la ASOCIACIÓN MUTUAL SANCOR SALUD, a fin de obtener la cobertura del 100% (cien por ciento) del tratamiento prescripto por su médico tratante -Dr. Cesar Blajman- para su enfermedad cáncer de mama estadio IV (avanzado y metastásico) consistente en el esquema Atezolizumab más quimioterapia (Nab-Paclitaxel, nombre comercial Abraxane) por todo el tiempo que médicamente sea necesario; con costas.

Relató que es afiliada a la mutual demandada desde hace muchos años, que paga siempre y en forma puntual las cuotas correspondientes. Que en el año 2009 comenzó a padecer de cáncer de mama derecha, estadio I, lo que le implicó una operación en junio del 2009 y, posteriormente, quimioterapia y radioterapia para culminar con un tratamiento hormonal por cinco años. Que en el año 2018 se le detectó nuevamente cáncer. Razón por la cual comenzó con un tratamiento con diversos esquemas.

Que en julio de 2020 volvió a tener recurrencia de la enfermedad a nivel ganglionar, encontrándose estructuras malignas. Que a fin de determinar si era el mismo tipo de cáncer que el anterior o uno nuevo, se efectuó una biopsia de adenopatía supraclavicular derecha y los resultados fueron: positivo para cáncer de mama y triple negativo. Explicó que esto último significa que se trata del cáncer de mama más agresivo, porque crece rápidamente.

Comentó que actualmente su diagnóstico es cáncer de mama estadio IV, es decir, avanzado y metastásico, siendo el de mayor gravedad.

Refirió que en virtud de los resultados genéticos obtenidos, el Dr. César R. Blajman -médico oncólogo-, recomendó y prescribió en forma urgente Atezolizumab más quimioterapia (Nab-paclitaxel, nombre comercial Abraxane), el que cuenta con aval científico y que ha resultado eficaz para casos como el suyo.

Añadió que, pese a que todo se solicitó con suma urgencia, la demandada no contestó su pretensión.

Recordó que la amparista tiene 62 años y está con un cuadro de salud delicado que requiere protección urgente.

Que el tratamiento médico requerido-que integra el PMO está avalado por ANMAT , fue recomendado por un médico tratante de prestigio, Dr. César R. Blajman, médico oncólogo, que integra la cartilla de prestadores de la hoy demandada.

Que los medicamentos Atezolizumab y Nab Paclitaxel (nombre comercial: Abraxane) cuentan con expresa aprobación de la Anmat.

Y CONSIDERANDO:

1) En primer término corresponde analizar el pedido de la actora de declaración de deserción del recurso intentado. En función a lo dispuesto por el artículo 265 del C.P.C.C.N., que impone al apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que a su criterio serían equivocadas, siguiendo un criterio amplio para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios, estimo que en el caso se verifican mínimamente dichos extremos, por lo cual corresponde rechazar lo solicitado por la accionante.

2) Respecto al primer agravio efectuado por la recurrente, se advierte que no fue planteado en primera instancia. En esta situación la falta pretensión y consecuente decisión al respecto impide que el Tribunal pueda seleccionar discrecionalmente aspectos y cambiar el eje de la discusión, atento a lo normado por el art. 277 del CPCCN que establece: «El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.» Así, el poder de revisión de la Alzada queda sujeto ineludiblemente a resolver sobre aquellos capítulos propuestos.

Ahora bien, la propia accionada, quien primero cuestiona la aplicación de la Ley 16.986, luego la invoca en su defensa, para sostener que en autos no se agotó la vía administrativa previa, por lo cual, dicho agravio deberá desestimarse.

En cuanto a la inadmisibilidad de la acción por no haberse acreditado los presupuestos del artículo 43 de la Constitución Nacional, cabe recordar que el amparo, es un remedio jurisdiccional de excepción para salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, el art. 43 de nuestra Constitución Nacional, reza: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución.» A tenor de lo normado precedentemente, el amparo procede, no obstante la existencia de otros procedimientos, para evitar un daño grave e irreparable. Esto es así, por cuanto la reforma del artículo citado, amplió

sensiblemente la operatividad del instituto y reafirmó su condición de acción, configurándolo como un mecanismo que excede los bordes de un simple recurso o interdicto, elevándolo al mismo nivel de los derechos que pretende proteger.

En el caso de marras, el planteo de la amparista se reduce al hecho de obtener el reconocimiento de derechos constitucionales, que en forma actual e inminente lucen vulnerados (en este caso el derecho a la salud). Por tanto, deviene imperiosa la admisión de la acción frente a las restantes vías procesales que aparecen como menos aptas para lograr la tutela inmediata que se pretende.

Por lo expuesto, no existe duda alguna respecto de la idoneidad de esta vía.

3) En este estado de la causa corresponde entonces analizar los requisitos que deben reunirse para el dictado de la medida cautelar en los términos del artículo 230 del CPCCN.

El primero está configurado por la verosimilitud del derecho o humo de buen derecho o «fumus bonis iuris» (inciso 1°); éste se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no una incontestable realidad, que sólo se logrará determinar al agotarse el trámite de la acción incoada y se dicte sentencia, lo cual propugna una amplitud de criterio a su respecto, sobre todo en materia de salud física y/o mental.

Otro de los presupuestos indispensables es la existencia de peligro en la demora (inciso 2°). Esto significa que debe existir un temor grave y fundado en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (conforme Falcón, Enrique M., «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación», T. II, pág. 235, edit. Abeledo Perrot, 1983). Y que la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria (inciso 3°).

4) Así definidos conceptualmente los recaudos que cabe examinar, corresponde establecer si en el presente se encuentran configurados, atendiendo a la crítica expuesta por la demandada en su escrito recursivo.

En el caso a estudio se encuentra acreditado con el carnet correspondiente que la actora es afiliada a Sancor Salud, la patología que padece -cáncer de mama estadio IV (compromiso gangleonar avanzado) triple negativo (receptores hormonales y HER 2) y la necesidad del tratamiento indicado. Ello, según informe médico adjuntado de fecha 14/12/2020 del Dr. César Blajman y estudios acompañados.

Asimismo, del informe médico mencionado surge: «Antecedentes, de cáncer de mama, estadio I, operada en junio del 2009. A posterior quimioterapia adyuvante en base a doxorubicina más ciclofosfamida por 4 ciclos, que finaliza en diciembre de 2009, luego radioterapia y tamoxifeno

como terapia hormonal por 5 años. El 13/09/2018 cuadrantectomía derecha más vaciamiento axilar derecho. Realiza tto. que finaliza en febrero de 2019, luego radioterapia sobre mama derecha que finaliza el 03/05/2019; también realiza hormonoterapia adyuvante en base a letrozol en forma irregular por 6 meses. En julio de 2020 recurrencia de la enfermedad a nivel ganglionar (retropectorales, supraclavicular derecho, axilar derecho) se efectúa biopsia de adenopatía supraclavicular derecha siendo positiva para cáncer de mama y triple negativo. En función del estudio genético se define solicitud de biomarcador PDL1 cuyo resultado fue positivo para mayor de 1%, en función de ello se define esquema de primera línea para cáncer de mama avanzado triple negativo en base a inmunoterapia (atezolizumab más quimioterapia (Nabpaclitaxel) esquema reconocido por ANMAT, el cual debe comenzar en forma inmediata. Recomiendo tal esquema por ser los indicados (sic) para el tratamiento de pacientes con el cuadro de la señora A. S. M. Ya cuenta con el aval científico y han tenido prometedores resultados de supervivencia y eficaces para cáncer triple negativo. No existen otros tratamientos en la ciencia médica ni fármacos ni alternativa terapéutica que sean más eficaces que el propuesto».

Circunscribiéndonos a los agravios de la demandada, estos se basan en que nunca negó la cobertura y en que la amparista no aportó los elementos suficientes para brindarle una respuesta y que ni siquiera los acompañó a la demanda.

De las constancias obrantes se vislumbra, que en fecha 01/12/2020 el Dr. Cesar Blajman-médico tratante completó la «Planilla de Relevamiento de Pacientes en Tratamientos Especiales», pedido ingresado de forma on line el día 02/12/2020. Que el 10 de diciembre de 2020 la accionante remitió Carta Documento a Sancor Salud intimándola a brindar la cobertura prescrita, la que fue respondida el 18 de diciembre señalando que la amparista debía acompañar informe médico completo justificando los motivos de la interrupción precoz de la hormonoterapia en dos oportunidades (2014 y 2019), así como también biopsia y receptores hormonales que motivaron el tratamiento en 2018 y todos los estudios médicos relacionados actuales. Asimismo, de la documental obrante se observa, que la prestación fue autorizada por la accionada el 30/12/2020.

También, surge que con la demanda fueron adjuntados los estudios realizados y el informe médico suscripto por el galeno tratante donde constan los antecedentes de la amparista, tratamientos efectuados y la necesidad de la prescripción solicitada.

De todo lo expuesto se desprende que la prescripción del facultativo sobre lo que es lo adecuado para la situación particular de la actora, no ha merecido por parte de la contraria ninguna prueba en contrario que desvirtúe lo acreditado por la accionante, sino solamente su alegación en el sentido de insistir con que no acompañó la documental requerida, circunstancia ésta que podrá

ser evaluada al resolver el fondo del trámite, al considerar la justificación de la respuesta dada y la necesidad o no de accionar judicialmente, pero que en esta oportunidad carece de incidencia al hallarse justificada la pretensión cursada.

Es importante destacar que tratándose de un medicamento oncológico, que además cuenta con la aprobación del ANMAT y se encuentra indicada para la patología de la paciente, su comienzo no admite demora y en este caso, si bien surge acreditado que la prestación fue autorizada por la accionada el 30/12/2020, no habría sido otorgada a la fecha.

No puede perderse de vista que en el caso está en juego el derecho a la vida y la salud que posee expresamente jerarquía constitucional en virtud del Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, con la incorporación de los Tratados Internacionales (v. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, ap. 1 y 2, incisos a), b), c) y d); Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.1 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI) (v. «Constitución de la Nación Argentina», comentada por Néstor Sagües, págs.139, 149 y 133). (argumento expuesto en Acuerdos de la Sala «B» que integro, n° 24/2007 y 301/2011, entre muchos otros).

Por todo lo expuesto, se estima que dentro del estrecho marco cognoscitivo de la precautoria requerida, el derecho invocado en el presente proceso cautelar luce en principio verosímil.

5) Respecto del peligro en la demora -que se traduce en el estado de incertidumbre relacionado con los derechos de la actora a obtener el tratamiento que mejor resguarde su salud y calidad de vida- aparece suficientemente acreditado, habida cuenta de la patología que presenta y de lo expresado por el médico tratante en el certificado médico donde consignó: «de no comenzar en forma urgente con el tratamiento, la salud y la vida de la señora A. S. M. corre grave riesgo». Por ello y considerando que el transcurso del tiempo necesario para tramitar las instancias procesales, aun cuando se trate de la vía sumarísima del amparo, podría traducirse en un agravamiento de su salud y/o en la producción de daños que no sean susceptibles de repararse mediante el dictado de sentencia, tornando ilusorio su cumplimiento, justifica la necesidad de realizar el tratamiento prescripto.

6) En consecuencia, propicio desechar los agravios expresados por la demandada y confirmar la resolución recurrida, en lo que ha sido materia de recurso.

En relación a la imposición de costas, propongo que ello se difiera al momento de dictar sentencia en la cuestión de fondo, oportunidad en la cual deberá ser analizada integralmente la cuestión de las costas suscitada en el litigio. Así voto.

El Dr. Aníbal Pineda adhirió al voto de la Dra. Vidal.

Atento al resultado del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:**

I) Confirmar la resolución del 21/12/2020, en lo que ha sido materia de recurso. II) Diferir el pronunciamiento sobre costas hasta que se dicte sentencia sobre la cuestión de fondo. Insertar, hacer saber, comunicar en la forma dispuesta por Acordada n° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente, devolver los autos al Juzgado de origen. No participa del presente acuerdo el Dr. Fernando Barbará por encontrarse en uso de licencia.

EDM

ELIDA ISABEL VIDAL

JUEZ DE CÁMARA

ANÍBAL PINEDA

JUEZ DE CÁMARA

Ante mi

Eleonora Pelozzi

Secretaria de Cámara