

Bahía Blanca, **30** de marzo de 2023.

VISTO: Este expediente n^o. **FBB 782/2023/1/CA1**, caratulado: **“Incidente... en autos: ‘R., B. E. c/ Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas s/ Amparo Ley 16.986’”**, venido del Juzgado Federal n^o. **1** de la sede, para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 81/85 contra la medida cautelar dictada a fs. 66.

La señora Jueza de Cámara, Silvia Mónica Fariña, dijo:

1ro.) El juez de la instancia de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó al Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA), la cobertura de la medicación Pembrolizumab 200 mg. cada 21 días, de conformidad con lo prescripto por el médico tratante, bajo caución juratoria.

2do.) Contra dicha resolución, a fs. 81/85 apeló la parte demandada.

Entre sus agravios, sostiene: **a)** que la verosimilitud del derecho no se encuentra acreditada porque no ha existido negativa de IOSFA a otorgarle la medicación conforme a la patología que el amparista requiere, sino que se le informó que la Unidad de Gestión de Alto Costo del IOSFA ratificó dicha denegatoria, por cuanto la FDA ha retirado la indicación del medicamento solicitado, por no demostrar beneficio clínico, lo cual le fuera informado oportunamente, y aclarado que tal resolución debía ser comunicada a su médico tratante a fin de evaluar otra alternativa y; **b)** que el otorgamiento de la medida cautelar en el caso de autos implica evaluar anticipadamente acerca del fondo de la cuestión atento a ser una medida autosatisfactiva.

3ro.) Corrido el traslado pertinente, la parte actora guardó silencio.

4to.) A su turno dictaminó el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, propiciando el rechazo del recurso (fs. 91/92).

5to.) El *sub examine* involucra la presencia del derecho a la preservación de la salud, la cual constituye un derecho humano fundamental, al que nuestro ordenamiento jurídico lo ha dotado de la máxima protección normativa: arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. I, XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 22 y 25.1 de la Declaración

USO OFICIAL



Universal de los Derechos Humanos; arts. 9 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 4 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, el accionante se encuentra amparado por la Convención Interamericana sobre protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada mediante la sanción de la ley 27.360 y con jerarquía constitucional –ley 27.700–). Allí, en líneas generales, el Estado argentino asumió el compromiso de diseñar e implementar políticas públicas orientadas a una cobertura integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, a fin de propiciar el más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

El actor, de 69 años de edad, afiliado al IOSFA, padece de “cáncer gástrico estadio IV, con metástasis peritoneales, en progresión de enfermedad con mayor ascitis y aumento de marcadores tumorales”. Por este motivo, su médico tratante, Dr. Luciano Manassero (especialista en oncología), refirió que el paciente realizó múltiples líneas de tratamiento quimioterápico que “ya no son efectivas”, por lo que el mismo es candidato a realizar tratamiento con inmunoterapia (Pembrolizumab 200 mg. cada 21 días), herramienta que no ha sido usada y tiene oportunidad de generar respuesta; (v. certificado del 8/2/2023 e informe médico del 15/2/2023).

El IOSFA denegó la cobertura advirtiendo que la Unidad Gestión de Alto Costo de esa obra social señaló que la FDA (Food and Drug Administration de EEUU) ha retirado la indicación del medicamento solicitado por no demostrar beneficio clínico, lo cual habría sido informado oportunamente al afiliado a fin de evaluar otra alternativa. Y asimismo, que dicha dependencia remarca que para la aprobación de la medicación se tiene en cuenta el valor de TMB (TUMOR MUTACIONAL BURDEN) no informado (v. documental de fs. 70/80).

6to.) En cuanto al presupuesto de verosimilitud en el derecho considero que, tal como lo ha sostenido este tribunal en reiteradas ocasiones, ante la colisión de criterios, corresponde dar prevalencia al criterio del médico tratante frente a la opinión de la prestadora, pues es aquel quien tuvo contacto directo con su

USO OFICIAL



paciente, evaluándolo y, en consecuencia, concluyendo con un determinado criterio científico.

En este sentido, es dable recalcar que, más allá de la protección de la salud que emerge de los instrumentos legales y convencionales antes citados, en el relato de la demanda se ha hecho hincapié en que el actor fue diagnosticado en el año 2019 de una “gastritis crónica H. pilory positivo”, por la que debió ser intervenido quirúrgicamente en abril de 2020 y que luego de realizar un extenso tratamiento de rayos y sesiones de quimioterapia, con capecitabina y oxaliplatino, debió intervenir nuevamente por dilatación de la unión gastroesofágica. Que luego de ello, inició tres ciclos de quimioterapia con Capox, con controles trimestrales, y que ante la aparición de nuevos índices tumorales, debió virar el esquema hacia Folfox, sin el resultado esperado.

A su vez, también se expuso que durante el tratamiento sólo podía alimentarse con puré y sopas, por las heridas y llagas del esófago y garganta que le provocaban estos tratamientos, lo que le causó una pérdida importante de peso y mayor debilidad en su cuerpo, haciendo desgastante los 60 km. que debía transitar diariamente para trasladarse desde Punta Alta a Bahía Blanca para realizarse los rayos y la quimioterapia.

En respaldo de ello, obran diversos estudios médicos que dan cuenta del complejo panorama de salud del amparista, documental de la ANMAT que autoriza la inscripción del medicamento requerido y la recomendación de la Asociación Argentina de Oncología Clínica de su aplicación como tercera línea de tratamiento.

Por el contrario, la obra social apelante no logró controvertir suficientemente con fundamentos médicos lo dispuesto por el especialista en salud que asiste al actor. No se acompañó la supuesta decisión de la FDA de retirar la indicación del medicamento por no demostrar beneficio clínico y en la contestación al pedido efectuado por el afiliado, IOSFA se remitió a un estudio elaborado por la Sociedad Venezolana de Oncología que no alcanza, ni resulta adecuada –en este estadio procesal– para desvirtuar la decisión terapéutica adoptada por el médico tratante.

7mo.) En lo que hace al requisito de peligro en la demora, dado el carácter oncológico y avanzado de la patología que padece el actor, una mayor

USO OFICIAL



demora en el tratamiento requerido implicaría un eventual deterioro en su salud, de modo que se torna imperioso el dictado de la medida cautelar como una respuesta rápida y oportuna que evite –en la medida de lo posible– un perjuicio irreparable.

De igual manera, la pretensa coincidencia del objeto de la medida cautelar con la del proceso principal no resulta tal, en la medida en que lo peticionado, en virtud de sus efectos continuos, no se agota en un único cumplimiento, sino que se trata de una práctica continua cuya duración dependerá de la intensidad de la dosis administrada y de la progresión o no de la enfermedad; lo cual permite a su vez descartar el agravio vinculado a su identificación con la medida autosatisfactiva, que el actor confunde en su demanda.

Al respecto, la CSJN tiene dicho: “*es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva*” (Fallos: 320:1633, *in re* “Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafo Graf S.R.L y otros”).

Bajo este prisma, nuestro Máximo Tribunal ha dejado sentado que no es posible descartar el acogimiento de una medida cautelar peticionada so peligro de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada.

En efecto, por configurar la medida cautelar innovativa una decisión excepcional –que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado–, y constituir un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una *mayor prudencia* en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, esto es, en la ponderación de los elementos en que se la funda (Fallos: 316:1833), los cuales en el caso particular, considero adecuadamente acreditados.

USO OFICIAL



Poder Judicial de la Nación

Expte. n^o. FBB 782/2023/1/CA1 – Sala I – Sec. 2

Por ello, **propongo al acuerdo:** rechazar el recurso de apelación intentado y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 66, con costas (arts. 68 y 69 del CPCCN).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

Por coincidir en lo sustancial con las consideraciones efectuadas por mi colega preopinante, y dadas las particulares circunstancias de la causa, adhiero a la solución propuesta en su voto.

Por ello, **SE RESUELVE:** Rechazar el recurso de apelación intentado y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 66, con costas (arts. 68 y 69 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese, publíquese con las restricciones impuestas en la resolución CFABB-Superintendencia, del 13/10/2022 (Acs. CSJN Nros. 15/13 y 24/13), y devuélvase. No suscribe el señor Juez de Cámara, doctor Pablo Esteban Larriera (art. 3^o, ley 23.482).

Silvia Mónica Fariña

Pablo A. Candisano Mera

María Alejandra Santantonin
Secretaria

cl

USO OFICIAL

