



Poder Judicial



**DOS SANTOS PEREYRA, CESAR RICARDO C/ IAPOS S/ AMPAROS-
HABEAS DATA**

21-02969867-5

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 5ta. Nom.

Nº

ROSARIO,

Y VISTOS: Estos autos caratulados "**DOS SANTOS PEREYRA, CESAR RICARDO C/ IAPOS S/ AMPAROS-HABEAS DATA**", expte. Nº **21-02969867-5**, venidos a despacho a los fines del dictado de resolución.

Y CONSIDERANDO: Que mediante escrito cargo 5288/23, el actor César Ricardo Dos Santos Pereyra, con patrocinio letrado, presenta demanda de amparo contra el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social -IAPOS- requiriendo se otorgue cobertura al tratamiento de Inmunoterapia 6 Ciclos: Una sesión cada 21 días la aplicación de ampollas de pembrolizumab (Keytruda), más axitinib, dos pastillas por día.

Afirma ser paciente oncológico, estadio cuatro con metástasis múltiples en pulmón, estadio cuatro. Solicita medida cautelar innovativa. Refiere que luego de solicitar de manera electrónica (whatsapp y correo electrónico) y presencial la cobertura del tratamiento indicado por su médico tratante, su pedido fue rechazado por IAPOS, quien solo autoriza tratamiento con Pazopanib -medicación anteriormente prescrita por el dr. Pupilli-.

Aclara que el tratamiento inicialmente prescripto por su médico tratante -pazonapib- era a los fines de ser incluido en un ensayo clínico del Hospital Centenario, para el cual fue declarado inhábil luego de sendos estudios médicos.

Arguye que analizada nuevamente su situación, se decide rotar a tratamiento más efectivo que el indicado inicialmente, habiendo asumido el costo de la primera aplicación. Solicita cautelarmente se autorice el resto de las dosis atento su elevadísimo costo. Ofrece caución juratoria como contracautela.

Formula sus consideraciones acerca de la terapia dirigida por Axitinib y el estudio Pivotal Keynote 564 y sus beneficios de inmunoterapia mediante Pembrolizumab a fs. 26 vta. y 27 respectivamente.

Cita legislación y jurisprudencia en su apoyo y finalmente solicita se haga lugar a la cautelar pretendida.

Que a fs. 41 vta/47, IAPOS contesta demanda y asimismo el traslado referido a la cautelar, sosteniendo que tal medida es inespecífica y coincidente con el objeto de la acción de amparo. Indica que proveerla en esta instancia sin tener precisión ni claridad sobre a que refiere la misma y sin analizar argumentos de su parte, significará substraer de materia al juicio, transformándolo en abstracto. Aclara que IAPOS cumple y ha cumplido con sus obligaciones legales y contractuales.



Poder Judicial

Sostiene conforme auditoría del Colegio de Farmacéuticos de la 1ra. Circunscripción de la provincia de Santa Fe, que desconoce la causa por la cual el amparista no inició tratamiento con Pazopanib en ese momento y tampoco es envió estudio alguno (AP, estudios de estadificación, etc) y tampoco lo hace ahora. Por ello, solo autoriza Pazopanib, y no Axitinib + pembrolizumab.

También cita jurisprudencia en apoyo de sus postulados y solicita que rechace la medida cautelar y se resuelva con inmediatez el fondo de la cuestión.

Que atento a la inexistencia de escritos sueltos pendientes de agregación, quedan las presentes actuaciones en condiciones para el dictado de resolución.

II. Como surge del relato precedente, la actor solicita la tutela anticipada ahora en análisis.

Se ha sostenido que la medida cautelar innovativa constituye una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor.

Debe advertirse la calidad excepcional de esta medida cautelar. Es que ella, a diferencia de la mayoría de las restantes cautelares, no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables, ni tampoco impetra

que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis; sino que, yendo más allá, ordena, sin que exista sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente (PEYRANO, Jorge Walter, "Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional", en "J.A.", tomo III, 1977, pág. 65).

La medida cautelar innovativa, como toda medida cautelar, requiere de la concurrencia de los presupuestos básicos generales; esto es, la verosimilitud del derecho; el peligro en la demora y la contracautela, a los que se agrega un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un daño irreparable. Y si bien en las demás medidas precautorias el análisis de esos presupuestos debe ser efectuado con sentido amplio, en la innovativa corresponde observar, en cambio, un criterio detallado y particularmente severo por tratarse de una medida excepcional.

III. El examen del presente caso, a la luz de los criterios recién expuestos me inclina a sostener que la especial medida solicitada debe ser acogida.

En efecto, desde la perspectiva preliminar y provisional propia de las medidas cautelares la petición de la amparista cuenta con suficiente asidero, atento estar reunidos los requisitos exigidos para el proveimiento de este tipo de pretensiones.

Es que se encuentra reconocida por la demandada la calidad de afiliado al IAPOS del actor, como asimismo la



Poder Judicial

dolencia que padece. Igualmente, en el plano de la verosimilitud, se ha acompañado en copia la prescripción médica emitida por el médico tratante Dr. Marcelo D. Tatangelo, que acredita la necesidad de cambio de tratamiento como así también de la provisión de la medicación requerida (fs 4 vta).

Por otra parte, del relato de la demanda y conforme fuera expresamente reconocido por el accionado, se deduce el carácter urgente que reviste la provisión de la medicación, pues el actor padece cáncer de riñón y vías urinarias estadio cuatro con metástasis múltiples en pulmón con muy poca respuesta a los tratamientos con TKI, lo cual basta, a criterio de esta Juzgadora, para acreditar la existencia de peligro en la demora.

Asimismo, se encuentra acreditada la solicitud de cobertura y su rechazo por parte de la accionada.

Encontrándose especialmente tutelada en el ordenamiento provincial la protección de la salud -art. 19 C.P.-, siendo que tampoco es ajena a esta perspectiva la salvaguarda de ese mismo interés en Instrumentos Internacionales de protección de Derechos Humanos con jerarquía constitucional -Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 12, art. 75 inc. 22 C.N.-, la verosimilitud del derecho de la parte amparista cuenta con mayor respaldo normativo.

A ello cabe agregar que, en general, este tipo de

peticiones en esta materia han merecido, inclusive, admisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N. "Neira, Luis y otra c/ Swiss Medical Group" del 21.8.2003, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Año VI, Noviembre diciembre de 2003, pág. 95; C.S.J.N. "S., E. G. c/ Provincia de Buenos Aires", 18.12.2003, Diario La Ley del 15.4.2004, pág. 3; C.S.J.N. "Barría Mercedes c/ Provincia del Chubut" 18.12.2003, Diario La Ley 7.4.2004, pág. 6).

Y, en especial, cabe traer a colación cierta jurisprudencia donde claramente se expresa que "Corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por una afiliada al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados a fin que le provea los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad [...], toda vez que, en el caso, han sido verificados la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, dada la condición de afiliada de la actora a la obra social, la indicación del remedio solicitado por parte del médico tratante, la intimación a su provisión y la negativa de la demandada, a lo cual debe agregarse la irreparabilidad del perjuicio que provocaría en su salud la falta de aprovisionamiento del medicamento en tiempo inmediato".

Valga destacar, que, atento a las especialísimas circunstancias del presente caso, no obsta a lo recién expuesto la invocación de una identidad entre la pretensión cautelar y la pretensión de fondo articuladas, que el demandado efectúa en relación a una resolución favorable de



Poder Judicial

la medida solicitada.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada”, estudio que es particularmente necesario en casos como el del “sub lite” en razón de que se pretenden amparar derechos de especialísima tutela dentro del ordenamiento. Agregó el Máximo Tribunal que “ello resulta así pues 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”. Y concluyó que, de considerarse admisible el no tratamiento de este tipo de medidas en orden a prevenir supuestos prejuzgamientos, “la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario”. Y

ello es así puesto que "...el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (Tribunal citado, in re "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S. R. L. y otros" 07/08/1997, Publicado en: LA LEY 1997-E , 653 y Fallos: 320:1633).

En cuanto a la contracautela, atento a las circunstancias del caso (gravedad y urgencia de la situación, y el derecho a la salud comprometido) estimo prudente relevar a la actora de su prestación. Ello, por cuanto, la prestación de contracautela no es un recaudo de procedencia de las medidas cautelares, sino tan sólo un presupuesto para que resulte viable su ejecución (PEYRANO, Jorge W., "Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial", 2da. Edición, Zeus, Rosario, 1997, t. I, regla N° 247, p. 87), y si bien se corresponde aplicar en subsidio las reglas previstas para el juicio sumario por el CPCC, las mismas deben ser "adaptadas a la naturaleza urgente del juicio de amparo" (art. 13, Ley 10.456), por lo que la integración debe ser flexible y no meramente mecánica.

Asimismo, conforme doctrina de la Corte, "atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia



Poder Judicial

que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (conf. Fallos 331:453).

IV. En función de lo hasta aquí argumentado, corresponde acoger la medida cautelar solicitada, aunque con el alcance que a continuación se determinará.

Así, el IAPOS deberá arbitrar los medios que fueren menester para proveer de modo inmediato las drogas indicadas por el médico tratante (PEMBROLIZUMAB MÁS AXITINIB) brindando la cobertura del 100% del costo de las mismas.

La presente medida se otorga por todo el lapso que dure la tramitación de los presentes, y hasta arribar al dictado de sentencia útil.

Por todo lo expuesto y conforme a lo normado por el art. 16 de la ley 10.456,

RESUELVO: 1. Hacer lugar a la medida cautelar innovativa instaurada en autos, en los términos y con el alcance determinados en el considerando "IV" de la presente. 2. Costas a la demandada perdidosa (art. 17, ley 10.456). Insértese y hágase saber. (CUIJ **21-02969867-5**).-

.....
DRA. SILVINA L. RUBULOTTA
Secretaria

.....
DRA. LUCRECIA MANTELLO
Jueza