

Bahía Blanca, **10** de abril de 2019.

**VISTO:** El presente expediente N° **FBB 31468/2018/1/CA1** caratulado “*Incidente... en autos: ‘VIVANDELLI, Juan c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados-PAMI s/ Amparo Ley 16.986’*”, proveniente del Juzgado Federal de Santa Rosa (La Pampa), para resolver la apelación de fs. sub 51/53 contra la resolución de fs. sub 37/39.

El señor Juez de Cámara, doctor Roberto Daniel Amabile, dijo:

**1.** El Sr. Juez subrogante hizo lugar a la medida cautelar solicitada en el marco de la acción de amparo promovida por el afiliado Juan Vivandelli contra el INSSJP, ordenándole a este último a que, en el término de tres días, arbitre los medios necesarios para proveerle al amparista la prótesis, insumos e instrumental de algunas de las marcas importadas indicadas para la realización de la cirugía de rodilla prescripta (fs. sub 37/39).

**2.** Contra dicha resolución, a fs. sub 51/53 apeló la apoderada de la demandada, solicitándole a este Tribunal que revoque el fallo en cuestión.

Señaló que, en el caso, no se configuran los recaudos procesales que justifiquen la procedencia de la medida.

Con relación a la verosimilitud del derecho, mencionó que el amparista es mayor de 70 años y que, conforme a la normativa vigente, corresponde proveer el insumo nacional. Destacó, asimismo, que al momento de solicitar la prótesis en sede administrativa no acompañó el “Score Fine y Barthel” que, según refiere, es necesario cuando el afiliado supera la edad indicada.

Respecto del peligro de la demora, sostuvo que, tratándose de una cirugía programada, no se encuentra fehacientemente demostrado cuál es el perjuicio irreparable para el afiliado, ni se acreditó medicamente un caso de extrema urgencia, que demuestre la gravedad y singularidad, para autorizar el dictado de la medida.

Por otra parte, se agravio por la coincidencia que existe entre la cautelar y el objeto del juicio.

**2.1.** Corrido el traslado del memorial, contestó el apoderado del actor, quien rebatió cada uno de los agravios invocados por la demandada y solicitó que se confirme el resolutorio impugnado (fs. sub 88/93 vta.).

USO OFICIAL



3. El Sr. Fiscal de la Procuración General de la Nación, a cargo de la Fiscalía General, subrogante asumió intervención a fs. sub 101/102, quien advirtió que la demandada ya ha cumplido con la manda cautelar, lo que torna abstracto el tratamiento del recurso.

4. Ingresando a decidir, previo al tratamiento de los agravios invocados por la recurrente, cabe recordar que en el presente legajo se cuestiona la medida cautelar acogida en la instancia de grado por la que se le ordenó al INSSJP a que le provea al afiliado Juan Vivandelli la prótesis, insumos y demás instrumental necesarios de origen importado de algunas de las marcas indicadas (Exatech, Aesculap o Johnson y Johnson) para la realización de la cirugía de rodilla prescrita por su médico.

Tal decisorio, importó el dictado cautelar innovativa, las que se caracterizan por retrotraer el estado de cosas imperante a una situación previa o, como en el *sub lite*, por cambiar la situación actual en favor de quien la postula, de manera tal que se tutelen de manera efectiva y en tiempo oportuno los derechos invocados.

Al igual que las demás cautelares, en este tipo de medidas se exige la acreditación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. No obstante, al configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa –que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión– resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

5. Bajo estas premisas, entrando ya en el análisis de los agravios, habré de coincidir con lo resuelto por el Juez de grado en cuanto a que en el *sub examine* se hallan acreditados los recaudos de procedencia exigidas por la ley ritual para este tipo de medidas.

5.1. Preliminarmente, cabe precisar que, en el caso, se encuentra comprometido el derecho a la salud del amparista y a una asistencia médica adecuada, actualmente reconocidos en los tratados internacionales de rango constitucional (art. 75, inc. 22) tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 4° y 5°) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6°, inc. 1°).

USO OFICIAL



En el plano infraconstitucional, y en consonancia con lo dispuesto en los tratados internacionales, por Ley 23.661 se creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud con el objetivo fundamental de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud integrales que tiendan a la protección de la salud con el mejor nivel de calidad disponible (art. 2), siendo las obras sociales –como es el caso de la demandada– los agentes naturales de ese seguro (art. 15).

En ese carácter, las mencionadas deben realizar acciones positivas para hacer efectivo ese derecho, estando a obligadas por la legislación a proveer distintas prestaciones a sus afiliados. El supuesto particular de autos está regulado en la Disposición 8.3.3 del Anexo I de la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud y Acción Social donde se determina el Programa Médico Obligatorio, que establece que *“La cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación internas permanente (...) El Agente del Seguro deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional (...)”*.

En el marco del contexto normativo se advierte que el derecho del amparista es verosímil. En tal sentido, surge de las constancias del legajo que Vivandelli es afiliado del INSSJP (f. sub 3/4) y que padece de gonartrosis derecha severa con gran limitación funcional (fs. 8, 12 y 19).

Asimismo, se acreditó que en virtud del cuadro de salud que sufre, su médico, el Dr. Emiliano Daniel Paz, especialista en traumatología, prescribió que se le realice una cirugía de reemplazo total de rodilla, indicando la necesidad de contar con una prótesis importada, cuestión, esta última, que es controvertida por la obra social, en tanto sostiene que le corresponde, por su edad, una de origen nacional.

De acuerdo con la normativa antes citada, se advierte que la necesidad de que se le provea al amparista una prótesis importada se encuentra debidamente fundada por el mencionado profesional, quien refirió que el paciente *“(...)requiere una prótesis importada anatómica por presentar una alta demanda funcional para sus actividades diarias, un alto índice de masa corporal y un deseo marcado con severo deterioro articular...la prótesis que sugiero es Exatech, Aesculap o Johnson y Johnson por ser las más adecuadas a la patología del paciente*



y presentar dicho material una mayoría duración y menor desgaste (...)” (fs. sub 12). Lo dicho se refuerza con lo señalado por el especialista en sede del Ministerio Público de Defensa, en cuanto a que “(...) para la patología del Sr. Vivandelli no corresponde una prótesis nacional, por lo que ya explicó en otras audiencias en esta Defensoría. Es decir vuelve a insistir manifestando que la calidad del implante nacional y el set de colocación que envía la ortopedia nacional (que siempre es enviado incompleto) no son los indicados para este paciente. Este tipo de implante nacional presenta mayor desgaste, mayor índice de aflojamiento y de complicaciones post operatorias.” (fs. sub 18/vta.).

De las piezas que conforman el legajo, también se desprende que el afiliado realizó gestiones administrativas en la obra social para que le sea provista la prótesis en cuestión, presentando los certificados médicos pertinentes (fs. sub 5), siendo rechazada la cobertura del insumo en cuestión por parte de la entidad de salud, en el entendimiento que correspondía un insumo nacional (fs. sub 6/7). Más tarde, insistió con el envío de dos oficios firmados por el Defensor Público Oficial, en los que se le solicitaba a la demandada la inmediata cobertura del insumo (fs. sub 13/15 y 16/18), sin obtener respuesta alguna, todo lo cual da cuenta, *prima facie*, de la conducta arbitraria del INSSJP, al ofrecer una prótesis que no se ajusta al pedido original y no cumple con la calidad requerida por el médico especialista, afectando el derecho de salud del amparista.

Cabe agregar que en el primero de los oficios mencionados se acompañó un nuevo informe del médico tratante (que es que obra agregado a fs. sub 12) y una copia de Índice de Barthel, lo que demuestra, contrariamente con lo señalado en el escrito de apelación, que la demandada tuvo acceso a esa información que consideraba definitiva a la hora de decidir.

Los extremos señalados, resultan suficientes, en el marco de este trámite de escasa cognición, para tener por acreditado *el fumus bonus iuris*, cuyo análisis no puede desvincularse de la naturaleza de los derechos en juego y de la irreparabilidad del perjuicio que podría ocasionarse de no proceder en forma expedita y efectiva.

**5.2.** En cuanto al peligro en la demora, cabe señalar en primer lugar que aquel surge de la naturaleza propia del derecho que se procura proteger, pues

USO OFICIAL



está comprometida la salud e integridad física del amparista, derechos cuya trascendencia no puede ser soslayada al momento de resolver. Es por ello que, en la medida que la constancias obrantes en la causa lo ameriten, la protección cautelar del derecho a la salud debe otorgarse con amplitud para evitar su daño o agravamiento (“B., R. P. c/ OSDE s/Amparo”, CFedLP, Sala III, 11/07/2013, publicado en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)).

En el *sub examine*, debe apreciarse lo referido por el profesional tratante en cuanto a que la demora en la que incurre PAMI para la provisión del insumo, le produce un gran perjuicio de deterioro clínico y articular, valorándose asimismo lo señalado en cuanto a que “(...) resulta urgente una solución para que pueda ser operado, dado que a medida que pasa el tiempo su situación empeora cada vez más.” (f. sub 12), lo que demuestra la necesidad de contar en lo inmediato con la prótesis, no pudiendo la misma ser demorada hasta que la sentencia se encuentre firme.

Así pues, resulta necesaria la reacción inmediata y eficaz de la jurisdicción que sorteé los tiempos ordinarios de cualquier proceso no cautelar – incluso el trámite sumarísimo del amparo-, en resguardo del derecho a la protección integral de la salud y a una adecuada calidad de vida que posee el amparista.

Por lo demás, conforme lo he señalado la causa FBB 2257/2018/1/CA1 del 30/10/2018 frente a un planteo análogo, estimo que la circunstancia de que no se haya fijado previamente una fecha para la cirugía no obsta a tener por acreditado al peligro en la demora, en tanto resulta razonable que el médico no la fije hasta tanto no se le garantice que contará con los insumos que requiere para el éxito de la cirugía en cuestión.

6. Finalmente, en punto al agravio invocado por la recurrente vinculado con superposición de la medida cautelar con el objeto de la demanda, cabe precisar que la CSJN ha admitido expresamente este tipo de decisiones, señalando que no se puede descartar la aplicación de este tipo de medidas so peligro de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (“Camacho Acosta, Maximiliano c/ Grafo Graf S.R.L y otros” 07/08/1997), por lo que la identidad entre ambas no constituye un obstáculo en sí mismo, en la medida que se encuentren reunidas todas las exigencias

USO OFICIAL



que hacen a la admisibilidad de la medida precautoria, máxime frente a la naturaleza de los derechos aquí involucrados.

A mérito de lo expuesto, estimo que la medida cautelar dispuesta en la instancia de grado debe mantenerse.

Por ello, **propongo al acuerdo:** se rechace la apelación deducida por el demandado, con costas (arts. 68 y 69, CPCCN).

ES MI VOTO.

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

Adhiero a la solución que propone mi colega, entendiendo que en el supuesto de autos se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar innovativa, que sustentan la decisión del juez de primera instancia y que han sido suficientemente desarrollados en el voto que encabeza la presente resolución.

Así voto.

Por ello, **SE RESUELVE:** Rechazar la apelación deducida por el demandado, con costas (arts. 68 y 69, CPCCN).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N<sup>tos.</sup> 15/13 y 24/13) y devuélvase. El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

**Silvia Mónica Fariña**

**Roberto Daniel Amabile**

**María Alejandra Santantonin**  
Secretaria



*Poder Judicial de la Nación*  
Expte N° FBB 31468/2018/1/CA1 – Sala I – Sec. 2

amc

**USO OFICIAL**

---

Fecha de firma: 10/04/2019

Firmado por: MARÍA ALEJANDRA SANTANTONIN, SECRETARIA

Firmado por: SILVIA MÓNICA FARIÑA, JUEZA DE CÁMARA

Firmado por: ROBERTO DANIEL AMABILE, JUEZ DE CÁMARA



#33140506#231699681#20190410143310275