

NEUQUEN, 9 de Agosto del año 2024

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**LESCANO NANCY BEATRIZ C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/INCIDENTE DE APELACIÓN E:A "LESCANO NANCY B. C/ ISSN S/ACCION DE AMPARO" (EXPTE. N° 101026/24)" (OPANQ2 INC 9242/2024)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. La actora deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. 53/56 por la cual se rechazó la medida cautelar que solicitó a los fines de la cobertura inmediata del 100% de la medicación indicada por su médico tratante, Teriparatida Ampollas.

En primer lugar, señala que el tratamiento indicado fue fruto de las atenciones brindadas por sus médicos tratantes, facultativos de gran trayectoria, quienes la han atendido desde que padece la enfermedad. Agrega, que los mismos le realizaron exámenes clínicos y biológicos, arribando al diagnóstico que padece.

Alega, que a partir de lo expuesto, resulta lógico dar preeminencia al tratamiento indicado por sus médicos que a los tratamientos sugeridos por médicos integrantes de la junta del ISSN.

Manifiesta, que la negativa del demandado a proveer el tratamiento en cuestión no ha sido por el carácter de tratamiento de segunda línea sino por el alto costo del mismo. Agrega, que en la postura de la demandada prima el contenido económico y no el criterio médico.

Expresa, que resolver en contrario su petición afecta no sólo a su derecho constitucional a la salud, sino a elegir libremente el médico tratante.



También se agravia en punto a la imposición de costas y peticiona que en el improbable caso que no se haga lugar a su petición, se la exima del pago de las mismas.

A fs. 65/73vta. la contraria respondió los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando al tratamiento del recurso deducido, debe ponerse de manifiesto que nos encontramos en un incidente de apelación de una medida cautelar en un proceso de amparo, por lo que el análisis que se haga de los agravios de la apelante ha de referirse exclusivamente a los recaudos que habilitan su dictado, dejando de lado todas las quejas y consideraciones referidas a cuestiones que deben ser resueltas en la causa principal.

Además, cabe señalar que, en el marco restringido del presente se encuentra reconocido que la actora es afiliada la obra social demandada como también que la misma posee una patología ósea que requiere tratamiento.

Asimismo, el demandado a fs. 32vta. sostuvo que *"no cuenta con legajos médicos en su poder, únicamente con listados de consumo y prestaciones efectuadas a la Sra. Lescano. Quienes poseen legajos son los galenos tratantes de cada afiliado"*.

Luego, surge del certificado de fs. 3 que el médico tratante de la actora le prescribió *"Teriparatide ampollas, 5 C"*, y en el diagnóstico consignó *"Múltiples fracturas osteoporóticas. Osteopenia severa"*.

Por su parte, el Dr. ... sostuvo que *"La paciente Lescano Nancy, 64 años, tiene múltiples aplastamientos vertebrales. (...). Debe realizar tratamiento con una anabólica teriparatide (...)"* (fs. 25).

A mayor abundamiento, cabe señalar que de la consulta del expediente principal en el sistema DEXTRA surge que el Dr. ... informó que: *"Se realiza laboratorio para descartar causas secundarias de osteoporosis; e indico rotar el tratamiento dado que después de más de 15 años de usar un biosfonato la paciente sufrió fracturas de aplastamiento vertebral. La indicación es una*



medicación anabólica Teriparatide 250mcg/sc día por hasta 2 años para intentar bajar la posibilidad de nuevas fracturas vertebrales, mejorar la densidad ósea y a los 24 meses rotar a un tratamiento antiosteoclástico", (cfr. Ingreso Web 38053 de fecha 04/06/2024 en los autos "LESCANO NANCY BEATRIZ C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO", EXPTE. 101026/2024).

A partir de lo expuesto, corresponde tener por acreditada la verosimilitud del derecho.

Por otra parte, en cuanto al peligro en la demora, esta Sala sostuvo que "Este Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado el peligro en la demora, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan (conf. causas 6655/98 del 7.5.99, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 1830/99 del 2.12.99, 1056/99 del 16.12.99 y 7841/99 del 7.2.20; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13 y Podetti, Tratado de las medidas cautelares, pág. 77, n° 19), el mantenimiento de la medida solicitada, hasta el dictado de la sentencia definitiva, es la solución que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende - que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema, Fallos: 302: 1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. d., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc.22, de la Constitución Nacional; conf. esta Sala, causas 22.354/95 del 2.6.95, 53.078/95 del 18.4.96, 1251/97 del 18.12.97, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 53/01 del 15.2.2001)...es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los



perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala/Juzgado: I . Fecha: 13-mar-2014 O. A. M. G. c/ OSDE s/ recurso de apelación)”, (“TRAMAGLIA ESTEBAN PABLO C/ ISSN S/ AC. AMPARO INC. DE ELEVACION” (AUTOS 65269/14)”, INC N° 636/2014).

Entonces, conforme el artículo 232 del CPCyC y el artículo 30 de la ley 1981, estando acreditados los requisitos para la procedencia de este tipo de medidas, corresponde acceder a la pretensión de la actora consistente en que la demandada, en forma inmediata, otorgue cautelarmente cobertura del 100% de las ampollas de Teriparatida que fueron prescriptas por los médicos tratantes. Debiendo prestarse caución juratoria.

III. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la apelación y en consecuencia, revocar la decisión recurrida y disponer la medida cautelar conforme lo expuesto anteriormente. Imponer las costas de ambas instancias al ISSN en carácter de vencido (arts. 20 ley 1981; 68 y 279 del CPCyC).

Tal mi voto.

Cecilia PAMPHILE dijo:

La cuestión que llega a resolución, claramente es delicada, puesto que involucra el derecho a la salud y a la vida, en particular, a la preservación de su calidad.

No desconozco esta realidad.

Pero, lo cierto es que involucra aspectos médicos que están controvertidos, desde lo cual, es necesario contar con mayores elementos que los obrantes, al momento actual, para decidir.

Si bien es cierto que es posible acordar una tutela de corte anticipatorio, no lo es menos que su procedencia exige la existencia de recaudos específicos.

En efecto, que el derecho de salud tenga jerarquía constitucional y que, como tal, su protección deba primar, no es

suficiente por sí solo para admitir que el sistema de salud esté obligado a suministrar a los pacientes todos y cada uno de los tratamientos o medicamentos prescritos por los profesionales tratantes o que no haya un límite razonable al suministro.

La razonabilidad, justamente, se encuentra dada por los motivos justificantes de la denegación o, puesto en términos inversos, no podría denegarse la prestación farmacéutica si ella estuviera justificada médicamente, no existiera otra posibilidad de tratamiento y la denegación de la cobertura (vrg. por los costos de acceso) importara en la práctica una vulneración efectiva al derecho a la salud.

En este sentido, corresponde señalar que, conforme la CSJN "únicamente la demostración de la eficiencia del medicamento, constituye una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado un tratamiento médico ya escogido..." (cfr. PALACIO DE CAIERO, Silvia B., "Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley 2011, pág. 235).

Y, en este caso, justamente, lo que no advierto configurado al momento actual, es tal extremo, como así tampoco que el tiempo que insuma la tramitación de este procedimiento urgente, incida en modo tal, que la demora en el inicio del tratamiento determine un perjuicio irreparable para la salud de la amparista.

El sentido común me dice que la cuestión es de tratamiento urgente y de allí, la admisión de la vía; sin embargo, entiendo que, más allá de la premura en la respuesta, es necesario contar con más elementos para resolver, aún anticipatoriamente.

Por ello entiendo que, dados los extremos sobre los que gira la controversia, es necesario previo a resolver, contar con mayores elementos.

Desde esta perspectiva, entiendo que la resolución de grado debe ser confirmada.

Es que, en este caso, la solicitud de protección precautoria se perfila como una "cautela innovativa" que tiene una calidad excepcional.

Justamente, esta naturaleza excepcional hace que sobre el solicitante pese la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos específicos de procedencia y sobre el magistrado, el deber de que su dictado se encuentre precedido por un análisis detallado y particularmente severo sobre la concurrencia de los requisitos de viabilidad, el que debe ser explicitado.

Como ha señalado el TSJ "... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable" que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual, deberá demostrar de manera convincente con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado, existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. RubinzalCulzoni, 2003, pág. 171).

No puede perderse de vista que en estos casos -medida innovativa-, y se insiste con el tema, deben extremarse los recaudos de análisis de procedencia, en atención a que lo que se requiere es la emisión de un mandato judicial a la Administración para que ésta observe una conducta activa, es decir, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos sino, directamente, una obligación "de hacer"..." (cfr. R.I. 487/11, en autos "ERRECART DELIA MABEL", entre muchas otras).

En definitiva: en orden a las constancias que hasta el momento se han reunido en estas actuaciones y tenidas en cuenta

por la magistrada de grado, entiendo que la solución adoptada es correcta y las argumentaciones contenidas en el recurso no logran desvirtuar esas razones de decisión.

En cuanto al agravio relativo a las costas, entiendo que las razones invocadas en el recurso son insuficientes a los efectos de fundar una eximición de costas pese a resultar vencida, en tanto no se advierten configuradas las razones para apartarse de la regla general.

Propongo al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación, con costas a la recurrente vencida. **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **Patricia CLERICI**, quien manifiesta:

Teniendo que dirimir la disidencia planteada entre los vocales de la Sala I de esta Cámara de Apelaciones, adhiero al voto de la jueza Cecilia Pamphile.

Si bien en otras oportunidades he propiciado que con carácter cautelar la demandada suministre medicamentos de alto costo, aunque por un tiempo limitado, así lo hice en razón de la gravedad de la enfermedad, y la urgencia indicada por el médico tratante.

En autos no existe esta urgencia, y tampoco encuentro que exista riesgo grave para la amparista en posponer, en su caso, el inicio del tratamiento indicado por el médico tratante, a las resultas de la acción principal -acción de amparo-, dada la celeridad de los tiempos procesales de dicha acción.

Tal como lo pone de manifiesto el voto al que adhiero, los elementos probatorios con los que se cuenta en este momento, incluso los incorporados al trámite principal, no permiten acceder a la pretensión cautelar.

Por ello, esta **Sala I por MAYORIA**

RESUELVE:



1. Desestimar el recurso de apelación deducido por la actora y en consecuencia, confirmar la resolución de fecha 9/05/2024 (hojas 53/56 del presente).

2. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arts. 20 ley 1981 y 68 del CPCyC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 25% de lo que estipulado para la anterior (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA

Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dra. Patricia CLERICI JUEZA

Dra. Estefanía MARTIARENA

SECRETARIA