



Salud

**Recurso de apelación por cobertura conjunta de prótesis total de cadera por parte de la Dirección de Bienestar de la Armada y el Estado Nacional a través de los órganos del Ministerio de Salud de la Nación**

**G. J. C. c/ Dirección de Bienestar de la Armada s/ Amparo**

Rosario, 25 de Octubre de 2012

Visto, en Acuerdo de la Sala "B", el expediente N° 8644-C Pieza separada: "G. J. C. c/ DIBA s/ Amparo", (n° 12157 del Juzgado Federal N°2 de la ciudad de Rosario).

Vienen los autos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por las delegadas del Cuerpo de Abogados del Estado, A.M y A.A (fs. 149/153) contra la resolución N° 47/12, mediante la cual se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por J.C. G. y ordenó a la Dirección de Bienestar de la Armada y al Estado Nacional a través de los órganos competentes del Ministerio de Salud de la Nación afronten conjuntamente la cobertura en un 100% de prótesis total de cadera no cementada Cotilio de Titanio con Pulido Espejo Interior Acrílico Cross Linked. Vastago CR-CO. Cabezas 28 o 32 con pares de fricción para la artroplastia a que debe ser sometido el actor de acuerdo a lo indicado por el médico tratante Dr. H. C. (fs. 133/136).

Concedido el recurso de apelación, se ordenó traslado a la actora (fs. 156). Contestado el mismo (fs. 157/159), se elevaron las actuaciones a esta Alzada (fs. 162), quedando la causa en estado de ser resuelta (fs. 163).

El Dr. Toledo dijo:

1º) Considera la apelante que la resolución cuestionada constituye una "declaración de principios" más que un acto jurisdiccional en tanto, sin fundamento legal ni fáctico, resuelve hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el amparista ordenando al Ministerio de Salud adoptar medidas que se encuentran fuera de la órbita de su competencia.



Señala que la cautela ordenada debió ser dirigida sólo contra la Dirección de Bienestar y Acción Social de la Armada y no contra ese Ministerio – Estado Nacional. Agrega que DIBA conforme al art.1º de la Ley 23.660 no se encuentra dentro del Sistema Nacional de Obras Sociales, es decir que no está bajo la supervisión y control de la Superintendencia de Servicios de Salud, que es el Organismo encargado del contralor de los agentes del seguro de salud.

Dice que se agravia por cuanto no resulta ser el encargado de brindar cobertura médica, ni de pagar la prótesis cuando existe un agente del seguro, afirmando que no se puede colocar en un mismo pie de igualdad a la obra social demandada y al Ministerio de Salud de la Nación.

Refiere que el Estado Nacional no puede subsidiar el comportamiento omisivo de la obra social y si interviene asumiendo la obligación ordenada, excedería la esfera de su competencia.

Sostiene que si bien el derecho a la salud está garantizado constitucionalmente, no es excluyente de su parte, ni la obliga a asumir responsabilidades que corresponden privativamente a las obras sociales y a otras jurisdicciones.

Menciona que existen razones procesales para la revocación de la medida decretada, en tanto se advierte que no se encuentran configurados los requisitos que exige el art. 230 del C.P.C.C.N.

Cita jurisprudencia respecto de este tema.

Concluye que el ejercicio del derecho a la vida y a la salud no puede ser abusivo y que el Estado debe administrar sus recursos destinados a la atención médica sin perder de vista el valor justicia.

2º) El actor J. C. G., Suboficial retirado de la Prefectura Naval Argentina, fue diagnosticado de fibrosis retroperitoneal ideopática (enfermedad de Ormond), sumado a que padece una necrosis avascular aséptica de cadera izquierda. Por tal motivo su médico traumatólogo tratante, Dr. H. C. le indicó realizar una artroplastia total no cementada con acrílico cross linked (fs.6). Ante tal prescripción solicitó la cobertura total de la prótesis indicada a la Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA), institución de la cual es afiliado, siendo informado que según las normas de Asistencia Sanitaria vigentes de dicho organismo, se establece la cobertura en prótesis de cadera hasta \$2100 (fs. 25/26), poniendo en conocimiento además que el costo del material requerido es



aproximadamente de \$24.310 (fs. 35 y 36) La jueza a quo resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada ordenando a D.I.B.A afrontar hasta el monto que la norma interna determina y al Estado Nacional que cubra la diferencia que surja del costo total de la prótesis prescrita a través de los órganos competentes del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 134/136).

En tal sentido, debo señalar que no comparto la decisión de la magistrada de primera instancia, en tanto considero, en esta etapa preliminar del proceso que, hallándose en el caso demandada la Dirección de Bienestar de la Armada, la cobertura del total de la prestación que reclama el actor, debe ser prestada por ésta.

Cabe destacar que la demandada, en respuesta del oficio librado por el Juzgado, informó que “esta Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA) es un organismo que carece de fines de lucro, sin personería jurídica propia, dependiente de la Armada Argentina, y por ende, integrante del Estado Nacional, y como tal no se encuentra adherida al Régimen de Obras Sociales por imperio de lo dispuesto expresamente en el Art. 1º inciso g) de la Ley Nº 23.660 Ley de Obras Sociales, por lo que se rige por sus propias normas” (ver fs.35 y 36).

Ahora bien, sin perjuicio de reconocer que la accionada no se encuentra inserta en el sistema de Obras Sociales estatuido por las leyes 23.660 y 23.661 y normas reglamentarias -pues no hay constancias de que hubiera optado por su incorporación al sistema mediante la firma del correspondiente convenio de adhesión (art. 1 inc. “g” de la ley 23.660)-, entiendo que debe hacerse lugar a la cautelar promovida obligando a D.I.B.A. a satisfacer la cobertura del 100 % de la prestación solicitada por el amparista, resultando insuficientes los argumentos formulados para justificar el incumplimiento al elemental derecho a la salud, protegido como valor y derecho humano fundamental por normas de jerarquía constitucional.

Y ello así además, en tanto la propia demandada ha reconocido que forma parte del Estado Nacional, por lo cual no puede asumir, en materia de prestaciones de salud, obligaciones de menor contenido o alcance que las impuestas a las Obras Sociales que actúan como Agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud.



El Estado Nacional ha asumido, en virtud de distintas Declaraciones y Tratados que gozan de jerarquía constitucional (C.N., art. 75 inc. 22 ; D.A.D.H., art. XI; D.U.D.H., art. 25.1; C.A.D.H., arts. 26 y 29.c ; P.I.D.E.S.C, art. 12.1 ), el compromiso de asegurar a todos los ciudadanos, dentro del nivel que permitan los recursos públicos, el derecho a la salud, y de crear las condiciones necesarias para que puedan acceder en caso de enfermedad a un efectivo servicio médico, social y/o asistencial.

3º) Se encuentran acreditados prima facie la existencia de los requisitos exigidos por la ley procesal para el otorgamiento de las medidas cautelares (Art.230 inciso 1º C.Pr.Civ.C.N.).

El recaudo de verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no una incontestable realidad, que sólo se logrará determinar al agotarse el trámite, lo cual propugna una amplitud de criterio a su respecto.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación “que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”. (conf. Fallos 306:2060).

En el caso, de las constancias acompañadas ha quedado debidamente acreditada la enfermedad que padece el accionante (fs. 2, 4 y 27), el tipo de prótesis requerida (fs. 4), lo que fue corroborado por el Dr. Gabriel Martínez Lotti al prestar declaración testimonial (ver fs. 125/126), como así también la decisión de la DIBA de no brindar el total de la cobertura (fs. 10, 31, 35/36).

En este marco, estimo oportuno mencionar el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Martín, Sergio Gustavo y Otros c/ Fuerza Aérea Argentina – Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea s/ Amparo”, sentencia del 08 de junio de 2004 (M. 3226. XXXVIII). En aquella ocasión (amparo promovido por los padres de una menor discapacitada contra la Fuerza Aérea Argentina a fin de que se haga cargo del tratamiento integral



de la misma), nuestro Tribunal Supremo haciendo suyos los fundamentos del Procurador General dispuso que el Estado en su condición de garante primario del sistema de salud, debe prestar a través de sus organismos los servicios que enumera el art.4° de la Ley 22.431 a las personas con discapacidad no incluidas en el sistema de obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no pudieran afrontarlos (pto. VI del Dictamen del Procurador). Destaca en el fallo que si bien, no se discute que la Fuerza Aérea Argentina no adhirió al sistema de las Leyes 23.660, 23.661 y 24.901 (pto. VII del Dictamen del Procurador), no resulta admisible que un ente como la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea, situado en la órbita del Ministerio de Defensa de la Nación, es decir, del poder Ejecutivo Nacional pueda dejar de lado el principio del interés superior del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (pto. VIII del Dictamen del Procurador).

4°) En orden al recaudo del peligro en la demora su existencia se acredita con la propia naturaleza y entidad del derecho amparado, teniendo en cuenta 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 la patología y/o en la producción de daños que no sean susceptibles de repararse mediante el dictado de sentencia, tornando ilusorio su cumplimiento.

5°) En virtud de lo decidido para la solución del caso, corresponde hacer lugar a la apelación interpuesta por las representantes del Ministerio de Salud de la Nación en tanto y sin perjuicio de las ulterioridades de la causa, no se verifican respecto de ese ministerio, hasta el momento, las exigencias propias de toda medida cautelar.

La Dra. Vidal dijo:

Adhiero al voto del Dr Toledo en cuanto entendió que hallándose en el caso demandada la Dirección de Bienestar de la Armada, la cobertura total de la prestación que reclama el actor debe ser prestada por ésta, en atención a los fundamentos vertidos en el considerando 2° y los que a continuación expreso.



Así no se encuentra discutida la necesidad de la prótesis requerida, ni la afiliación del amparista, sino sólo el nivel de cobertura, siendo que su colocación, conforme lo señaló el médico tratante de J. C. G. es urgente ( véase certificado médico obrante a fs. 5), en atención a que el amparista padece de necrosis avascular aséptica de cadera izquierda y que “.dada su baja edad se considera posible una artroplastia total no cementada con acrílico cross linked para aumentar la durabilidad del implante. Su estado de dolor, impotencia funcional y el consumo de analgésicos obligan al tratamiento c/ urgencia.”

En igual sentido el médico Dr. G. M. L. con especialidad en ortopedia y traumatología declaró que el actor “.presenta una necrosis avascular de cabeza femoral y requiere una artroplastia total de cadera. La indicación de la cirugía y prótesis es la correcta”.

Manifestó también que “.de la indicación no surge el origen de la prótesis requerida ni la ofrecida. Dada la patología de base del paciente y la edad del mismo es conveniente la colocación de una prótesis de cadera no cementada con tares de fricción de la mayor longevidad posible por lo que se le aconseja una artroplastia total de cadera importada.”; (fs. 126/127).

A fs.133 el médico tratante del amparista, Dr H. C. al expedirse acerca de lo declarado por el Dr M. L., señaló que ambos profesionales coinciden en los criterios médicos vertidos en relación al paciente J. C. G., así como en la patología que éste padece y señaló que “la prótesis que se solicitó oportunamente a la Obra Social, esto es: prótesis total de cadera no cementada; Cotilo de Titanio con Pulido Espejo Interior; Acrílico Cross Linked, Vástago CR-CO; cabezas 28 o 32, por sus características técnicas, no se fabrica en nuestro país y por ende debe ser importada”.

Advierto también, que conforme lo destacó E. J. U., Director de Bienestar de la Armada en respuesta al oficio judicial nº 3435/0 -luego de señalar que se encontraba en trámite la adquisición del material solicitado ; así como que la cobertura para prótesis de cadera conforme lo establecido en los puntos 5.4.2.3.1 y 5.4.2.3.2 y Anexo IX de las Normas de prestaciones de Asistencia Social y Sanitaria que rigen esa Dirección es del 100% hasta la suma de Pesos Dos Mil Cien (\$ 2.100)- “.para el caso de no poder afrontar los mayores costos del material a ser provisto por esta Dirección, el afiliado G. podrá solicitar una ayuda económica, que deberá ser diligenciada en el área social de la



Diba (Delegación DIBA Rosario) beneficio que estará sujeto a aprobación, dependiendo de la situación económica del causante y previa realización de la encuesta social correspondiente (4º párrafo del punto 1, Título I y punto 4.1.5.2. de las citadas normas sanitarias, fs. 8/11.” (fs 36/37).

Así en el Título 4 de los Servicios de la Asistencia Social, entre los beneficios sociales que se otorgan a los afiliados de DIBA, en el punto 4.1.5.2.al que refirió E. J. U., figura el relativo a Prótesis y Ortesis, disponiendo que “Consiste en una ayuda económica para cubrir el monto del coseguro a cargo del afiliado hasta un máximo equivalente al costo del elemento de cotización más bajo en plaza, que satisfaga la necesidad médica.” (véase fs 47).

Por tanto, de acuerdo a lo expuesto, atendiendo así también a que el costo del material requerido es de aproximadamente \$24.310, conforme lo informó E. J. U. (fs. 36) y a que J. C. G. percibe un haber mensual de \$ 3.325,39 (véase recibo de liquidación de haberes del 3/2012 obrante a fs. 12) que no le permite afrontar la suma necesaria para abonar la prótesis que necesita; teniéndose presente que cuando está en juego la vida y la salud de la persona, no hay justificación suficiente para dilaciones, salvo que se acredite científica o técnicamente su inconveniencia, lo que no consta documentadamente que haya acontecido en el caso en estudio; es que teniendo por configurados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, corresponde que DIBA afronte el 100% de la cobertura de la prótesis requerida.

La decisión adoptada en el caso es la que mejor se compadece con la tutela del derecho a la salud de la amparista, reconocida constitucionalmente con fundamento en el art. 14 bis C.N. y actualmente en virtud del art. 75, inc. 22, con la incorporación de los tratados internacionales, el derecho a la salud posee expresamente jerarquía constitucional (v. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, ap. 1 y 2, incs. a), b) , c) y d); Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.1 y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI) (v. “Constitución de la Nación Argentina”, comentada por Néstor Sagüés, págs.139, 149 y 133).

Lo dicho es sin perjuicio del carácter provisorio de este tipo de tutela y sin perjuicio de lo que se resuelva en el fondo del asunto. Así voto, difiriendo la decisión de costas a ese momento.



En mérito del acuerdo que antecede.

**SE RESUELVE:**

I) Hacer lugar a la apelación interpuesta fs. 144/153 y en consecuencia revocar parcialmente la resolución nº 47/12 (fs. 133/136) en cuanto ordena al Estado Nacional, a través del Ministerio de Salud de la Nación afrontar en la proporción indicada la cobertura de la prótesis solicitada.

II) Diferir la imposición de costas al dictado de la sentencia de fondo. Insértese, hágase saber y oportunamente, devuélvanse los autos al Juzgado de origen.

No participa del Acuerdo el Dr. Bello por encontrarse en uso de licencia. (Expte. nº 8644-C).

Fdo: José G. Toledo – Elida Vidal (Jueces de Cámara)-Nora Montesinos (Secretaria)