



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 697/2022

RODRIGUEZ, MARINA c/ IOSFA Y OTROS s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de agosto de 2022. ER

**VISTOS:** los recursos de apelación interpuestos el 5 de mayo del corriente año, que contaron con la réplica presentada el 18 del mismo mes, contra la resolución dictada el 3 de mayo último; y

**CONSIDERANDO:**

I.- Que el señor juez hizo lugar a la medida cautelar solicitada en el escrito inicial, ordenando al Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (en adelante, IOSFA) y al Ministerio de Salud de la Nación arbitrar los medios necesarios para otorgar a la actora, en el plazo de cinco días, la cobertura y provisión de la medicación reclamada en autos –Terapia Génica: principio activo Voretigene Neparvovec, marca Luxturna– mediante cirugía vitroretinal: vitrectomía e inyección subretinal, conforme la prescripción médica acompañada por diagnóstico de EPOF, amaurosis congénita de Leber, distrofia hereditaria de retina por mutación del gen RPE 65, estableciendo que la entidad asistencial debe cubrir el 20% de su costo, quedando a cargo del Ministerio de Salud el 80% restante. Dispuso igualmente que IOSFA debe realizar todas las gestiones que resulten pertinentes a los fines de su consecución y que el Ministerio mencionado debe poner a disposición los valores respectivos mediante la pertinente transferencia y acreditación en una cuenta bancaria.

Tanto la obra social como el Estado Nacional apelaron esa decisión. La primera controvertió el porcentaje de cobertura que le ha sido impuesto. Sostuvo que lo dispuesto por el artículo 9, inciso h, del Decreto N° 637/2013 no es operativo ya que no recibe partida alguna del Estado Nacional y que no cuenta con un fondo de reserva para cubrir eventualidades o posibles faltantes. Invocó disposiciones de la Ley N° 26.689 y destacó que no se encuentra alcanzada por las disposiciones de las Leyes 23.660 y 23.661. Cuestionó también que el objeto de la medida precautoria sea coincidente con el

de la acción, afirmando que no se encuentran reunidas las condiciones que lo justifiquen. Dijo que el tratamiento solicitado no está incluido en el programa médico obligatorio, que no se sabe la efectividad que tiene a largo plazo y que se ignora si se aplica una sola vez. Asimismo, negó que en el caso se configure el requisito del peligro en la demora.

A su turno, el Estado Nacional sostuvo que no se encuentran reunidos los requisitos que establece la ley procesal para admitir una medida como la que aquí se ha dispuesto. Señaló en tal sentido los dictámenes del Cuerpo Médico Forense y afirmó que las constancias obrantes en autos no permiten verificar que el tratamiento requerido cumpla el objetivo que prevén las Leyes 24.901 y 26.689. Cuestionó que el objeto de la medida sea coincidente con el de la acción y que se lo obligue a cumplir la orden cautelar. Negó que mediara una actitud negativa, arbitraria e ilegalmente de su parte, explicitando la forma en que actúa en el ámbito de la salud de la población, y destacó la intervención que le cabe en el caso a la Provincia de Buenos Aires.

Recibidas las actuaciones por el tribunal, se dispuso sustanciar los recursos, que tuvieron la respuesta presentada por la actora el 18 de mayo último.

II.- Con relación a los agravios propuestos por IOSFA, inicialmente se debe recordar que el carácter innovativo de una medida precautoria no es, por sí mismo, un obstáculo para su procedencia, como tampoco lo es la coincidencia total o parcial entre su objeto y el de la acción, siempre que se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (confr. esta Sala, causas 9034/16 del 9.2.18 y 7215/19 del 8.4.21, entre otras), para lo cual corresponde valorar tanto el estado de la parte que la solicita como el resguardo del derecho de defensa de su contraria (Fallos: 320:1633).

Ello no implica desconocer la prudencia con que se debe apreciar los recaudos que hacen a su admisión, teniendo en cuenta que las decisiones de este tipo alteran el estado de hecho o de derecho existentes al tiempo de su dictado y configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 697/2022

final de la causa (confr. C.S.J.N., Fallos: 320:1633; 329:2532, 339:622, entre otros). Sin perjuicio de lo expuesto, reiteradamente este tribunal ha juzgado que en casos como el presente, donde el objeto último de la acción está dirigido a cubrir prestaciones destinadas a la atención de la salud de una persona con discapacidad, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria –aun cuando sea innovativa– debe ser menos riguroso que en otros, considerando las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer requerimientos como el presente.

Tampoco es atendible la alegación de que al dictar la resolución apelada el juez haya incurrido en prejujuicio. En el conocido precedente Camacho Acosta (Fallos: 320:1633) la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, por lo que no corresponde desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas ante el riesgo de incurrir en prejujuicio. Es por ello que el órgano jurisdiccional debe tratar esos planteos, lo que naturalmente no implica pronunciarse en forma definitiva sobre el derecho invocado por el actor, lo que tendrá lugar sólo al momento de dictarse la sentencia definitiva (confr. esta Sala, causa 17.830/21 del 29.6.22 y sus citas).

III.- IOSFA controvierte lo dicho por el juez sobre la disponibilidad de recursos para afrontar la erogación necesaria para cumplir la medida precautoria, negando particularmente que se le hayan asignado partidas para su funcionamiento en virtud de la previsión contenida en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional. No obstante, su alegación de no haber recibido tales partidas no excluye la posibilidad de recibirlas, tal como lo prevé el prevé el Decreto N° 637/13.

En este sentido, es dable afirmar que en este caso se configura una situación extraordinaria como consecuencia del alto costo de la prestación involucrada. Por tal razón no es posible descartar la facultad de hacer uso de esa previsión normativa, particularmente teniendo en cuenta su afirmación –

desprovista por el momento de respaldo probatorio– de que el cumplimiento de la medida cautelar habría de dificultar la atención de las necesidades de otros afiliados. Máxime cuando el a quo dispuso –a título cautelar, recordémoslo– que cubra una parte menor de la asistencia peticionada por su afiliada.

En lo concerniente a la efectividad del tratamiento, si bien es cierto que de acuerdo con los elementos probatorios reunidos en autos no cuenta con un largo historial de empleo, se ha demostrado la mejoría en los pacientes afectados por la dolencia que padece la actora.

IV.- Tampoco es atendible la queja referida al requisito del peligro en la demora. Aún cuando en el caso no existe evidencia concreta de un riesgo inminente de que la actora perderá la visión si no se admite su solicitud cautelar, este tribunal considera que la incertidumbre y la preocupación que generan estas controversias sobre la cobertura de prestaciones como la que aquí se reclama son suficientes para estimar satisfecho este recaudo (confr. causas 6003/16 del 28.12.16; 1907/18 del 8.10.18 y 6788/19 del 7.2.20, entre otras).

V.- En lo que hace a los agravios del Estado Nacional, lo relativo a la coincidencia del objeto de la medida cautelar con el de la acción y por qué ello no implica incurrir en prejuzgamiento ha sido examinado en el punto II, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

El cuestionamiento sobre la responsabilidad estatal como garante del derecho a la atención sanitaria debe ser desestimado. Si bien el principio que rige en la materia es el de la actuación estatal subsidiaria, esa regla no se debe extender en casos de tratamientos extraordinarios, como sucede con algunos de última generación y también los de alta onerosidad, como el que se aquí se presenta, porque su cobertura es susceptible de afectar la sustentabilidad económico financiera de las entidades que prestan servicios de salud a sus beneficiarios, como las obras sociales y las entidades de medicina prepaga, porque en tales supuestos se pondría en crisis la viabilidad del sistema. Es por ello que, ante una sobrecarga para uno de sus actores, corresponde que el Estado Nacional asuma el rol de garante del derecho a la salud que le imponen



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 697/2022

los compromisos internacionales a los que adhirió y financie la parte sustancial de la terapéutica de alta incidencia requerida (confr. Gusman, A.S., *Responsabilidad del Estado como garante del derecho a la atención sanitaria*, publ. en LL, 26.4.21; TR LALEY AR/DOC/1063/2021).

Sin perjuicio de ello, es dable puntualizar que la forma en que el juez dispuso que se deberá afrontar la erogación necesaria para otorgar la cobertura dispuesta no es una atribución de responsabilidad sino una decisión provisional, carácter que es propio de las medidas precautorias. De allí que no implica un pronunciamiento sustancial sobre el tema sino una forma de hacer efectivo el cumplimiento de la medida cautelar. Lo dicho se relaciona, también, con la alegación del recurrente de no haber incurrido en una actitud negativa, arbitraria o ilegal. La decisión sobre ese punto hace a la sustancia del conflicto, por lo que deberá ser materia de juicio en la sentencia definitiva.

VI.- La alegación de que lo dispuesto en autos compromete la regularidad, continuidad y eficacia del desenvolvimiento de las actividades fundamentales del Estado, además de su absoluta generalidad, se limita a un mero enunciado que no cuenta con elementos de convicción que lo demuestren. Lo mismo sucede con la presunta afectación de sujetos más vulnerables de la población que requieren una especial prestación de servicios, máxime cuando en su recurso el propio recurrente menciona su condición de garante de la atención sanitaria.

En lo concerniente a la eventual intervención de la Provincia de Buenos Aires en estas actuaciones, se trata de una cuestión que se encuentra planteada en autos pero que aún no ha sido resuelta por el juez, de modo que por el momento tampoco puede ser materia de decisión por parte de este tribunal. Sin perjuicio de señalar que la cuestión se ha resuelto de acuerdo con los términos de la demanda, que ha sido dirigida contra IOSFA y el Estado Nacional, la apelante no solicitó que el estado bonaerense, en quien pretende descargar su responsabilidad, sea integrado a esta litis.

En mérito a lo expuesto, el tribunal estima que la solución adoptada por el señor juez da adecuada respuesta al requerimiento formulado por la actora procurando la atención de su salud y también –en función de las particularidades del caso– de los dos sujetos que han sido demandados en el caso, sin que ello implique, como se dijo anteriormente, una atribución de responsabilidad. Por consiguiente, **SE RESUELVE:** confirmar el pronunciamiento apelado, con costas en atención a la regla del vencimiento (artículo 68 C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

