



Poder Judicial

VENADO TUERTO, 10 de julio de 2023

Nº 687

Y VISTOS: Los autos caratulados “BENAVIDEZ FANNY MARIEL C/IAPOS S/RECURSO DE AMPARO” CUIJ 21-2420517-2, en trámite por ante este Juzgado en lo Civil, Comercial y de Responsabilidad Extracontractual de la 1º Nominación Judicial de Venado Tuerto, venidos a despacho a fin de resolver la medida cautelar sustanciada en autos.

DE LOS QUE RESULTA: 1.- A fs. 12 en fecha 29 de junio de 2023 a las 12.11 hs. por ante el MEU de los Tribunales de Venado Tuerto ingresa el Dr. Stefano Quaglia patrocinando al Sr Benavidez Fanny Mariel una acción de amparo contra IAPOS. E ingresado por sorteo al Juzgado Civil, Comercial y de Responsabilidad Extracontractual de la Primera Nominación Judicial es proveído el mismo día corriendo el respectivo traslado a la contraparte tanto de la demanda como de la cautelar, con notificación al ministerio público fiscal pro cédula atento lo normado por el art. 7 de la ley 10456.

Relata el letrado que el objeto del proceso iniciado es a fin de lograr que “...que se ordene cesar con la conducta ilegal y arbitraria desplegada por la demandada IAPOS en cuanto a la negativa de ésta a suministrar la droga prescrita por mi hematóloga tratante FERINJECT 10 ML F.A”.-

Al solicitar la medida cautelar reclama

que mediante la misma específicamente se "...autorice el suministro de FERINJECT 10 ML F.A. hasta cumplimentar el tratamiento que ha sido indicado por mi hematóloga tratante Dra Ana Galeazzi ...".

La actora discurre sobre los presupuestos necesarios para la procedencia de la cautelar solicitada en la acción de amparo, tal como la urgencia en lo reclamado y el peligro en la demora.

Funda su derecho en las normas de la Constitución Nacional y en la Ley 10456 y en prueba que ofrece: intimativa, testimonial y reconocimiento, con informativa en subsidio y documental: 1.- nota intimativa presentada pro ante la demandada en fecha 12/06/2023; 2.- constancia emitida en fecha 30/05/2023 pro la farmacia Guenier en la que se informa que la demandada ha rechazado la provisión del medicamento recetado pro la medica tratante, 3.- certificado médico emitido en fecha 30/05/2023 por el médico de cabecera, Dr. Ernesto Baccega, en que detalla el estado de salud de la actora, 4.- receta médica suscriptas por la Dra Galeazzi Ana Victoria en fecha 03/04/2023, prescripción médica suscripta pro la Dra Cerna Susana Helvecia; receta electrónica suscripta por la Dra Cerna Susana Helvecia y recibo de sueldo de la actora período mayo 2023 y copia del DNI.-

2.- Corrido el respectivo traslado en fecha 5 de JULIO de 2023 a fs.26/36 mediante apoderada comparece el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y contesta tanto la demanda como la cautelar.

En relación a la cautelar alega que no



Poder Judicial

se dan en autos los presupuestos necesarios para que la misma prospere y que no corresponde admitirla porque es idéntica al objeto del amparo.

Además agrega: "...la verdad de los hechos es que si bien es cierto que la actora es afiliada de AIPOS y que se encuentra en tratamiento por tener anemia, oportunamente su médico tratante a través del sistema on line de autorizaciones de medicamentos en el mes de abril solicitó la cobertura de hierro inyectable, que se efectúa en forma ambulatoria, y dicho tratamiento se encuentra autorizado desde esa fecha y hasta el momento mismo de esta contestación, el médico no ha vuelto a informar a través del sistema referenciado de conexión plus-autorizaciones on line- si la anemia se ha tornado crónica ni ha acompañado documental médica al respecto, por lo que no se ha renovado ninguna tratamiento (no ha presentado ficha de tratamiento nuevo distinto), o en mejores términos, no sea renovado la modalidad de tratamiento continuando el mismo bajo la modalidad ambulatoria con hierro inyectable desde el mes de abril, que ello así lo informa la auditoria del colegio de farmacéuticos de la Primera Circ. de Santa Fe..."-.

Y ofrece como prueba documental la constancia de afiliación y el informe de la auditoria médica del colegio de farmaceuticos de la 1° Circunscripción.

A fs. 39 de acuerdo al proceso de amparo, se dispuso el pase a resolver de la cautelar atento lo normado por los arts. 14 y 16. Ley 10456 en fecha 10 de julio de 2023.

Y CONSIDERANDO. Que conforme el relato precedente estos caratulados se encuentran en estado de que se

resuelva la procedencia o no de la medida cautelar.

Que, por tanto, corresponde que me aboque a la ponderación de los presupuestos fijados en el ordenamiento procesal –art. 277 y concordantes del C.P.C.C.- requisitos básicos a saber: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Ambos recaudos han de evaluarse en forma armónica, de manera que a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad o inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del “fumus bonis iuris”, se puede atemperar. Esto conlleva, a que el criterio judicial adquiere importancia relevante, debiendo el juzgador obrar con prudencia pero rápidamente y con un sentido realista. En función de ello, el disponer de estas medidas cautelares no exige un examen de certeza del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud, (CS, Fallos 306:2060 La Ley 1985-B,212 y La Ley 1994-B, 685).

En tal sentido, es jurisprudencia consolidada que la procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de obtener la igualdad entre las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito (Fallos 247:13; 265:236. La Ley 100-617), quedan subordinadas a la verificación de los extremos insoslayables, la verosimilitud del derecho invocado (Fallos 307:1804; La Ley 1994-B,131), y el peligro irreparable en la demora (Fallos 310:977 La Ley 1987-D,341).

Están destinadas por ello las medidas cautelares a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su



Poder Judicial

cometido, pues ellas se disponen “más que en el interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia” (C.N.Fed. 07/05/88,L.L. 130,680).

Es esencial entonces a ella, la verosimilitud del derecho y su acreditación siquiera provisional del peligro de la demora, esto es, que de no concederse, la actora pueda sufrir un daño grave e irreparable en los derechos cuya tutela persigue.

Con tales premisas como base, y de acuerdo a las constancias de autos, es esencial destacar que hay parte de la base fáctica consentida por la demandada, no siendo hechos controvertidos ni la calidad de afiliada de la actora ni su patología, siendo el debate sentado: sobre qué medicación se prescribió y que según alega IAPOS la médica tratante no había completado un formulario que correspondería de “autorizaciones on line”, en base a un informe que alega de la Auditoria de Farmacias y Auditoria Médica de la 1° Circunscripción, documental que sólo invoca y no acompaña. Además de referenciar que la improcedencia está dada por la identidad entre la cautelar solicitada y el objeto principal de la acción.

Así las cosas en primer lugar he de aclarar que el criterio de la Suscripta ya sostenido en causa análogas en las cuales – como en esta el objeto de la acción principal y de la medida cautelar son de total identidad, pero tal situación no impide la evaluación de los recaudos para la procedencia de la cautelar solicitada.

Ello en razón de que la coincidencia entre el objeto de la cautelar y de la pretensión principal, no obsta su

procedencia pues ese otorgamiento provisorio al peticionante de aquello que recién habría de serle acordado definitivamente en la sentencia en caso de que triunfara en el pleito (pues entre el objeto de la pretensión cautelar y el de la pretensión sustancial, media una relación de identidad) no encuentra obstáculo alguno más allá de la obligación de mayor cautela y estrictez en el análisis de los recaudos cautelares típicos, con el agregado específico de la irreparabilidad del perjuicio.

Tales conclusiones son porque con el otorgamiento de la medida no necesariamente se agota el objeto de la pretensión de fondo; toda vez que la medida cautelar solicitada y ordenada dentro de un proceso se encuentra subordinada funcionalmente al proceso principal del cual depende, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse y hasta tanto se resuelva en forma definitiva¹, de manera tal que no obsta en modo alguno que pueda existir una coincidencia transitoria, pues "la coincidencia sustancial entre el objeto mediato de la pretensión cautelar y el de la pretensión de fondo no importa desconocer el carácter instrumental de la primera", y además "... la materialidad de la tutela, o lo que es lo mismo, la contingente coincidencia sustancial entre el objeto de la pretensión cautelar con el objeto de la pretensión o petición de fondo, que para algunos vendría a configurar un nuevo tipo de resoluciones, anticipatorias o no cautelares, no le quita al proceso cautelar su fisonomía de tal, en la medida en que ella no se agote definitivamente en sí misma, pues no media verdadera identidad de pretensiones en este sentido, ni en la causa ni en su objeto, esencialmente por el carácter provisional de aquéllas..."² , además la PROVISIONALIDAD se ve absolutamente



Poder Judicial

concretada al analizarse la procedencia de la medida cautelar (prestación reclamada) que podría otorgarse en el caso que correspondiera por un plazo a fin de que efectivamente la misma no se agote el proceso y entonces resulte indispensable la continuación del mismo.

Por otra parte, la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar "no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación de 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" (C.S.J.N., "Camacho Acosta", cit., considerando 12°).

Dada la respuesta a uno de los planteos de la demandada, he de analizar si se verifican los PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR.

En primer lugar: verosimilitud en el derecho a la prestación reclamada en virtud de la salud comprometida por la actora según se acredita con la documental acompañada.

Muy evidente resulta de la constancia glosada a fs. 9 emitida por la Farmacia Guenier: en fecha 8 de mayo de 2023 no se le habría autorizado el medicamento prescripto por la médica tratante: "ferinject 10 ml FA x 1" , y ello en consonancia con la orden n° 5206263 – formulario IAPOS- de esa misma fecha en la cual la Dra Cerrana Susana Helvecia matrícula 7271 (Santa Fe) lo prescribió.

Sobre el tópico se insiste en que este primer presupuesto : verosimilitud en el derecho invocado-, es evaluado al

sólo efecto del dictado de la medida cautelar solicitada, alcanzado para ello con la comprobación de lo que en doctrina y jurisprudencia se denomina como humo de buen derecho.

En cuanto a este requisito, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "...las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad" (Fallos 306:2060).

Dadas tales premisas para el análisis del recaudo aludo al criterio ya sostenido in re VUKSANOVICH RODRIGO DANIEL C/ IAPOS S/ RECURSO DE AMPARO 21-24614624-9- Resolución del 13 de Marzo de 2020 - decisorio que analizó la disidencia y/o diferente criterio entre el médico tratante y la auditoria médica y/o farmacológica de la demandada. Decisión que firme y consentida "...para analizar la procedencia de lo requerido tomo en cuenta que la prestación médica que debe ser brindada al afiliado es, la "prestación médica adecuada, íntegra, de acuerdo a la patología que se diagnostica", merituando que la dada por el médico tratante sea respaldada por una argumentación clara, precisa y determinada adecuada al caso, al paciente a las circunstancias específicas que deben ser atendidas. ...Esa prestación médica adecuada es aquella que preserva el principio de equivalencia e integralidad de la prestación asistencial³ verdadero deber resultado, teniendo como objetivo principal, por sobre cualesquiera otro, el de proteger la salud y la vida del afiliado; y al



Poder Judicial

implementar los medios para la obtención de ese fin –aspectos sanitarios, infraestructura edilicia, técnica y profesional-, no incurrir en faltas u omisiones en desmedro del mismo. En términos del jurista uruguayo Jorge Gamarra, en observancia del deber asumido, las prestatarias tendrán que emplear la diligencia exacta, la diligencia debida. Es de acuerdo a dicho modelo ideal que la demandada debe no solo aproximar al afiliado profesionales para el ejercicio de la medicina, sino también asegurarle una prestación médica diligente e idónea, de acuerdo a las circunstancias particulares, lo menos reprochable posible⁴.

Y frente a la disidencia entre el médico tratante y el médico auditor la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario⁵, en el precedentemente citado fallo citó que: “...Cuando lo indicado por el médico tratante colisiona con la opinión de otro profesional perteneciente a la obra social debe atenderse, como regla, a lo prescripto por el primero, ya que es dable presumir que posee un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para el paciente en consonancia con tal criterio falla la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II,⁶ priorizando entonces la relación personal del médico tratante con el paciente, y las constancias de la causa, corresponde hacer lugar a la línea propuesta por el mismo y otorgar el tratamiento solicitado.

Rigen aquí también los parámetros de razonabilidad y diligencia media, para lo cual el Juez debe consultar las especiales circunstancias subjetivas y objetivas que conforman el entorno fáctico del insuceso⁷.

Así las cosas, con el estado embrionario del proceso tal como se desarrolló ut supra hay elementos que permiten considerar la verosimilitud del derecho, reitero- en este estado preliminar y sin perjuicio de lo que corresponda de acuerdo al devenir del caso. Se reitera que la propia demandada alude a una auditoría médica y farmacéutica que ni siquiera acompaña pero que de todas maneras ello tampoco enervaría el deber IAPOS de brindar la prestación médica dada por la medica tratante, más allá de las “opiniones” de las auditorías que pudieran presentar en el caso.

En segundo lugar, entiendo que también se comprueba en autos la existencia del peligro en la demora, por cuanto, tratándose el presente de un caso de salud, con las características que el mismo reviste, dada la necesidad que requiere la actora de recibir las prestaciones médicas requeridas a fin de no tornar ilusoria la sentencia que posteriormente se dicte, estimo que este requisito también se encuentra cumplimentado en autos, ya que la no autorización de un medicamento por razones formales como esgrime no resulta razonable a la luz de la tutela efectiva que ha de brindarse al derecho a la salud de la afiliada.

En el sub lite la razonabilidad y la diligencia media determina que al actora debería recibir provisionalmente su medicación, puesto que más allá de la argumentación vertida por el IAPOS al contestar el requerimiento, los médicos tratantes del paciente así efectuaron la prescripción del medicamento que se solicita, pero por supuesto, sin perjuicio de la continuación del presente proceso de amparo.

Que con esas premisas, considero que



Poder Judicial

del análisis provisional y liminar de la cuestión, se encuentra cumplido en este estadio el recaudo de verosimilitud del derecho invocado, para el despacho favorable de esta medida cautelar.

Que asimismo es muy importante en autos tener en cuenta que la medida cautelar solicitada busca lograr, que la efectiva protección del derecho a la vida, y su corolario el derecho a la preservación a la salud, no se vea irremediamente afectado durante la sustanciación del proceso.

En este punto del razonamiento surge la relación directa con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos amparados (Conf. Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto San Jose de Costa Rica- ratificado por ley 23.054/84, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., ratificado y aprobado por ley 23.313; E.D. 124-685).

Que por tanto a la luz de estas premisas, y en base a lo normado en la ley provincial de amparo, y lo previsto en los Arts. 43 de la Constitución Nacional y 19 de la Constitución de la Provincia, se deriva con la claridad requerida para esta incipiente instancia del debate, que deba hacerse lugar a la cautelar pretendida, entendiendo la suscripta que el mantenimiento del acto impugnado durante la sustanciación del proceso, en función del alegado derecho vulnerado, puede producir un daño irremediable, que podría tornar inútil la futura sentencia de amparo de corresponder.

La cautelar ordenada por este tribunal consiste por tanto en, “ordenar a la demandada a que dentro del término de 24 horas (con habilitación de día y hora) de notificada la presente, deberá otorgar al actor, la prestación del medicamento, FERINJECT 10 ml F.A.x 1 por el término de seis meses, a partir de la notificación de la presente.

Por lo demás, deberá continuar el trámite de la causa según su estado, a fin de que con el cúmulo de probanzas a colectarse pueda cada parte demostrar de manera acabada los hechos alegados y así poder el tribunal sentenciar al respecto, teniéndose asimismo en cuenta que la presente tampoco implica que me haya expedido sobre la procedencia o no de esta acción y/o vía elegida, lo que es materia a decidir en la sentencia que sobre el fondo a dictarse.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, art. 43 C.N.; art. 25 CADH; arts. respectivos de la ley 10.456;

RESUELVO: 1)- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, debiendo la demandada asegurar el otorgamiento del medicamento, por el término de seis meses. Costas a la demandada en razón del vencimiento.

Insértese y agréguese copia en autos y hágase saber a las partes Secretaría se notifique por cédula electrónica a las partes con constancia en autos. A los fines de cumplir con la tutela judicial efectiva



Poder Judicial

1 Jorge L. Kielmanovich: "Medidas Cautelares", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 42

2("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", por Jorge Kielmanovich, comentario al art. 195 bis, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006, pág. 334).

3 (Weingarten Celia y Lovece Graciela "Protección del usuario de Iso servicios médicos prepagos", en La Ley 1997-C,548 a 557.

4 Cfr. CNCiv. y Com. Fed. sala 1, 25/06/1999 "Cema v. Clínica Saint Exilien S.A. fallo 101.781).

5 Casos: "Diaz María Rosa"

6"Ferrari, Jorge Daniel c/Unión Personal Civil de la Nación" del 19/08/2011)"

7 (Confr. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, sentencia 57 Montevideo 24/03/99)