

Accion De Amparo Derecho A La Salud Obra Social Protesis

JURISPRUDENCIA

San Martín, 11 de diciembre de 2014.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- Llegan estas actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada contra la sentencia de fs. 111/120 que hizo lugar a la acción promovida por Mónica Graciela Riol [en representación de su madre H. M. G.], y en consecuencia, ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados proveer la "prótesis de reemplazo total de rodilla", con las características detalladas en los certificados médicos, e impuso las costas a la demandada. Oportunamente la accionante contestó el traslado conferido [cfr. fs. 122/124vta., 129vta. y 132/132vta.; art. 15, ley 16.986]. II.- Ante todo, como juez de admisibilidad del recurso, cabe señalar que no obstante la lacónica presentación de la demandada [fs. 122/124vta.], en lo esencial ha individualizado las razones de su disconformidad y las pretendidas falencias del fallo apelado. De modo que resulta prudente su tratamiento, cuando menos en virtud de adoptar al respecto un criterio amplio acorde con la vigencia de la superior garantía de la defensa en juicio [doct. Fallos 308:90, entre otros]. III.- Luego, del estudio del legajo se desprenden los siguientes hechos esenciales y decisivos a saber. En primer lugar, la sra. H. M. G., de 80 años [fecha nac. 21/8/1934; cfr. fs. 3 y 5], es afiliada del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados [INSSJP] bajo el n. 150158405209-00 [hecho indiscutido por la demandada; cfr. fs. 1, 40/41vta. y 122/124vta. del presente legajo y fs. 64 del incidente acollarado]. En segundo lugar, su médico tratante [Dr. Juan Matías Longo, MN ... - MP ..., especialista en ortopedia y traumatología de la "Clínica Privada San Andrés S.A.", asignada por la demandada a la afiliada; cfr. fs. 1], el 25 de febrero de 2013, solicitó "prótesis para reemplazo total de rodilla anatómica izquierda con vástagos y cuñas para corregir deseos", con "fecha de intervención: 25/3/13" [cfr. fs. 5], el 26 de febrero de 2013, señaló que la paciente es asistida por "artrosis severa de rodilla izquierda. En plan quirúrgico. Se solicita prótesis de rodilla anatómica izquierda por nivel de actividad y gran demanda funcional" [cfr. fs. 30 y 59 del incidente acollarado] y, el 19 de marzo de 2013, justificó ese pedido porque "la prótesis de rodilla propuesta por la ortopedia Prima no es anatómica y no reúne los requisitos para tratar a la paciente por el tipo de hueso y por ser muy activa" [cfr. fs. 29/29vta. y 58/58vta. del incidente acollarado]. En tercer lugar, la afiliada inició ante la demandada, el 26 de marzo de 2013, el expediente n. 0470-2013-0005063-1, para la cobertura de la "prótesis por reemplazo de rodilla", según prescripción del traumatólogo actuante [cfr. fs. 27/28 y 56/60 del incidente acollarado]. En cuarto lugar, el 9 de abril de 2013, el área de fisioterapia de la Unidad de Gestión Local VIII, San Martín, elevó a la Subgerencia de Prestaciones Especiales -Departamento de Prestaciones Especiales- del INSSJP, las actuaciones administrativas una vez "examinados los antecedentes y estudios [...] a los fines de considerar por vía de excepción si corresponde otorgar [...] set completo de prótesis de rodilla anatómica con vástagos y cuñas + descartables", con "opinión: correspondería" [cfr. fs. 37 del incidente acollarado]. En quinto lugar, ese instituto, el 29 de abril de 2013, rechazó tal solicitud porque "la patología [...] puede ser resuelta con los insumos del listado de origen nacional" y solicitó al médico "ajustar el pedido a dicho listado" [cfr. prov. 4300/13, fs. 6]. En sexto lugar, el 17 de junio de 2013 la afiliada fue notificada de la denegatoria a su solicitud en sede administrativa [cfr. fs. 36vta. y 65vta. del incidente acollarado]. En séptimo lugar, el 22 de junio de 2013, el médico traumatólogo prestador de la demandada a través de la antedicha Clínica Privada San Andrés S.A., Dr. Juan Matías Longo, en la esfera de su especialidad científica y responsabilidad profesional, insiste en que se trata de una paciente "con artrosis severa de rodilla izquierda", por lo que solicita "prótesis anatómica izquierda. La ortopedia nacional Prima no tiene prótesis anatómica izquierda. La paciente requiere dicha prótesis. Es activa y concurre para cirugía programada con dolor y dificultad en la marcha. Tenía fecha quirúrgica 30/5/13" [cfr. copia de certificado de fs. 8/8vta., con fecha corregida y validada por el citado profesional en el original obrante a fs. 10]. En anteuúltimo lugar, los oficios de 28 de mayo y 25 junio de 2013 del Ministerio Público de la Defensa, prueban los infructuosos requerimientos al INSSJP de "la cobertura integral de prótesis de rodilla izquierda" [cfr. fs. 7/7vta. y 9]. Finalmente, el 5 de julio de 2013, la actora inició este proceso judicial para que la demandada "suministre en forma inmediata la prótesis anatómica de reemplazo total de rodilla izquierda [...] con una cobertura del 100%, de conformidad con lo prescripto por el profesional" [cfr. dda., fs. 11/14vta.]. III.- En las sobredichas condiciones, cabe señalar que es consolidada doctrina judicial que el derecho a la vida es el derecho por excelencia que resulta reconocido y garantizado en la Constitución Nacional, porque el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye el valor final con respecto al cual los restantes tienen siempre carácter instrumental [Fallos, 316:479; 323:3229; 329:1638, entre otros]. Con ese límite significativo del lenguaje legal, el derecho a la salud, en general, es uno de los modos de protección de la vida, ya que es imprescindible para el ejercicio de la autonomía o libertad personal [arts. 14 bis, 19, 28, 31, 33, 43 y 75, 19), regla 1, 22) y 23), Const. Nacional; arts. 11), 1) y 12, 1), 2.d), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

art. 6, 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1, 11, 16 y 18, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3 y 25, 1), Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 4, 1), 5, 1), 8, 1) y 25, 1), Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Sumamos, que el instituto demandado debe otorgar ?las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud [...] que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios? [art. 2, ley 19.032]. Y que el Programa Médico Obligatorio constituye un mínimo referencial, con una hermenéutica extensiva y no restrictiva [doct. Fallos, 329:1638; arts. 43, 75, 22), Const. Nacional], que en la especie dispone que ?la cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación interna permanente [...] el Agente del Seguro deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, sólo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional? [cfr. resolución M.S. n. 201/2002, anexo I, punto 8.3.3]. Lo dicho al caso. El Dr. Juan Matías Longo, médico tratante de la afiliada, en la audiencia testimonial declaró que la paciente ?camina con la ayuda de un bastón, necesita utilizar antiinflamatorios para controlar los dolores y en los últimos seis meses ha tenido que bajar el nivel de actividad (vivía sola, hacía actividades domésticas), necesitando la ayuda de terceros para alguna actividad, sin necesitar todavía ayuda para la higiene personal, no utilizando aún silla de ruedas [...] necesita manejarse siempre acompañada y tiene una vida en un 80 por ciento intra domiciliaria [...] el problema que ella tiene la va obligando a disminuir sus actividades cotidianas y con el avance de la artrosis y la dificultad en el manejo del dolor disminuye su calidad de vida y genera depresión, la imposibilidad de tener una vida social e independiente y lo que más repercute sobre la salud es la necesidad de utilización de antiinflamatorios?, que pueden ?llevar a la muerte dado que los ejemplo[s] clásicos de lo dañino de ellos suelen ser las hemorragias digestivas, daños renales, entre otros?. Señala que ?se solicita una prótesis con componente femoral anatómico para rodilla derecha o izquierda, para que tenga un correcto encarrilado rotul[i]ano, disminuir el dolor por rozamiento fémoro rotul[i]ano, que sea semiconstreñida o estabilizada posterior y que tenga la opción de colocar un vástago y suplementos metálicos o cuña para compensar los defectos óseos y corregir el deseje en varo. En ningún momento se solicitó que la prótesis fuera importada, ya que puede ser resuelta con una de origen nacional que cumpla con los requisitos mencionados?. Asimismo, indica que ?existen reportes científicos internacionales de dolor asociado a prótesis no anatómicas entre 30 y 40 por ciento [...] en la actualidad, la mayoría de las prótesis implantadas en el mundo son anatómicas [...] lo que nosotros pedimos en este paciente es simplemente una prótesis con componente femoral anatómico de origen nacional?. En cuanto a la prótesis ofrecida por la demandada dice que ?es una prótesis símil insall de viejo diseño, antigua para utilización cementada. El déficit del modelo es, o ha sido reemplazad[o] por los nuevos diseños con componente femoral anatómico [...] otro de los defectos serios que presenta dicha prótesis [...] es la imprecisión de las guías de corte y del instrumental?. En cambio, señala que ?la principal ventaja y beneficio que uno aspira obtener con las prótesis de diseño anatómico es un correcto funcionamiento del aparato extensor, mejor rango de movilidad, menor dolor fémoro rotul[i]ano por mejor tracking rotul[i]ano, menor rozamiento a nivel fémoro rotul[i]ano con menor producción de partículas plásticas del componente rotul[i]ano por desgaste (debrise) lo que lleva a un aflojamiento prematuro?. Finalmente, remarca que ?al momento de tratar una patología, desde el punto de vista médico, prima lo que necesita el paciente y dentro de ello, es decir -mismos modelos-, seleccionar uno que sea bueno y sea accesible al sistema de salud? [cfr. fs. 81/84vta.]. Por otro lado, el Dr. Juan Carlos Rodríguez, médico especialista en ortopedia y traumatología, agente contratado [auditor] en la Gerencia de Prestaciones Médicas, Departamento de Provisiones Especiales de la demandada, en la audiencia testimonial dijo que en el caso se solicitó una ?prótesis anatómica de rodilla, que tiene las características de tener derechas e izquierdas [...] los valores oscilan entre los ... y ... pesos aproximadamente, dependiendo de quien la venda?. Preguntado sobre las marcas nacionales que tienen estas características contestó que ?una de las marcas es FICO, el modelo RAVEN y hay otra marca que también las tiene llamada VICTOR?. Respecto de la ofrecida, manifestó ?es una prótesis total de rodilla modular tipo insall bur[s]tein 2 y el costo no lo recuerda, pero puede ser alrededor de los ... pesos?. Asimismo, señala que ?la diferencia de la prótesis anatómica con la insall burstein es que la primera tiene derechas e izquierdas y mayor cantidad de tamaños, la segunda, no tiene diferencias entre izquierda y derecha y tiene tres tamaños?, a su vez, indica que ?las prótesis de rodilla se utilizan para la misma patología, de acuerdo a la demanda funcional [...] el médico en la elección de un implante tiene en cuenta la actividad del paciente?. Interrogado acerca de si todo el INSSJP trabaja con el mismo proveedor de prótesis de rodilla, contestó que no, y cree que ?son tres proveedores de origen nacional uno es PRIMA, asignado a San Martín, luego FICO y VILLALBA?; consultado si en otras zonas PAMI provee el tipo de prótesis solicitada por el médico tratante, contestó que ?el nomenclador es exactamente igual, ahora si por alguna relación del médico con la ortopedia ésta se la entrega, como por ejemplo en CABA FICO que tiene las anatómicas?. Por último, preguntado sobre el motivo del rechazo, señaló que ?no rechazamos el pedido de prótesis, sino que le proveemos la nomenclada para operar al paciente? [cfr. fs. 75/76]. Por su parte, el Dr. Roberto López Paz, Jefe del Departamento de Provisiones Especiales del INSSJP, médico especialista en obstetricia, preguntado en su declaración testimonial sobre la ventaja, provecho o beneficio médico de cada una de las prótesis ofrecida y recetada, según la afección y demás

circunstancias del paciente, contestó que "desconoce por no ser especialista en traumatología", respuesta a la que se remitió cuando fue consultado de las razones médicas que aconsejan y desaconsejan el uso de cada una de ellas. Sin embargo, señaló que "la prótesis prescrita puede ser nacional o importada pero está fuera del menú que ofrece el instituto" e, interrogado acerca si todo el INSSJP trabaja con el mismo proveedor de prótesis de rodilla, respondió que no, y agregó que "los proveedores son por zona", que "el nomenclador es el mismo, pero la prótesis depende de cada proveedor". Repreguntado si la prótesis solicitada en el caso concreto se fabrica en el país, respondió que "desconoce por no ser especialista, pero le informaron terceras personas, que hay nacionales" [cfr. fs. 73/74]. Finalmente, el sr. Alejandro Santamaría, empleado del INSSJP como jefe de división en el área de traumatología, fisioterapia y rehabilitación, en su declaración testimonial manifiesta que "su profesión es la de profesor de yudo que nada tiene que ver con la función que desempeña". Sin perjuicio de lo cual, señala que "este caso se puede resolver con una prótesis de rodilla con vástagos y cuñas del listado nacional". Además, que "el instituto tiene zonificada la provisión en zonas geográficas por lo cual [la] que sería la única firma que cuenta con ese insumo está contratada por el instituto pero no trabaja para esta zona donde se lleva adelante este amparo, es decir, no está autorizado a la entrega en cualquier zona que no sea la asignada por licitación". Preguntado sobre cuales son las marcas nacionales que tienen esta característica [anatómica], respondió que "el fabricante es FICO y el modelo RAVE". Interrogado acerca de si en otras zonas el instituto provee el tipo de prótesis solicitada por el médico tratante, contestó que "no lo sabe fehacientemente, pero podría darse la situación, siempre y cuando sea el fabricante que trabaje en esa zona" [cfr. fs. 70/72].

Del informe del Cuerpo Médico Forense, se deducen al menos los siguientes índices útiles. 1°) "de acuerdo a la descripción del cuadro nosológico del paciente (gonartrosis - artrosis de rodilla izquierda) [...] la prótesis total de rodilla anatómica izquierda indicada por el profesional, es una de las alternativas terapéuticas para el caso". 2°) "la indicación de un determinado tipo de prótesis de rodilla, surge de la evaluación realizada por el médico tratante de la patología que presenta el paciente, tras haber efectuado los estudios correspondientes; prescribiendo el implante que estima mejores resultados brindará; y que tenga experiencia en su implantación, dado que puede variar de una prótesis a otra la técnica de colocación. 3°) "actualmente la tendencia terapéutica en estos casos es la utilización de las llamadas prótesis anatómicas de rodilla". 4°) "siendo el profesional médico el responsable de la evolución de la paciente a tratar, es aconsejable la utilización de la prótesis que él indica de acuerdo a su experiencia". 5°) "la prótesis deberá cumplir con los requerimientos del ANMAT" [cfr. fs. 87/88vta.]. No hay prueba científica opositora de esas conclusiones.

En este sentido, cabe recordar que el dictamen del Cuerpo Médico Forense implica el asesoramiento técnico de personas especializadas, pues "se trata de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales" [Fallos 327:1146, 327:4827, 327:6079]. En consecuencia, el antedicho informe, tiene plena eficacia demostrativa según las reglas de la sana crítica. Por lo que, es prudente concluir que se debe a la afiliada la cobertura solicitada en función de los hechos probados en el caso [doct. Fallos, 329:1638; arts. 43, 75, 22) y 23), Const. Nacional; arts. 163, 5), 6), 377, 386, 477, CPCC]. Ello así, porque el instituto demandado no puede ir contra la finalidad de la citada ley 19.032, que es, precisamente, la de brindar "prestaciones sanitarias y sociales integrales y equitativas" con el "mayor nivel de calidad", según las necesidades de la beneficiaria. Máxime cuando la existencia de una prótesis nacional con las características solicitadas ["anatómica"] está reconocida por los empleados de la accionada [v. declaraciones testimoniales supra; Dr. Rodríguez, Dr. López Paz y Sr. Santamaría;] y, que el INSSJP la provee a los afiliados de Capital Federal en función del proveedor designado en esa zona [por ejemplo, ortopedia FICO], a diferencia de lo que sucede con el proveedor de la Unidad de Gestión Local VIII, San Martín del INSSJP [ortopedia PRIMA]. De modo que, resulta inaceptable la desigualdad de trato, en función de los distintos proveedores zonales que el Instituto demandado asigna para sus afiliados, según sean de Ciudad de San Martín o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [doct. arts. 16, 43, 75, 22) y 23), Const. Nacional; art. 2, ley 19.032].

Con más andamio cuando "el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, adoptan una "Constitución rígida", consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa "superley" se propone promover [...] el "objetivo preeminente" de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el "bienestar general" [...] lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad", entonces "la interpretación analógica restrictiva de un derecho social [...] se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge [...] del "objetivo preeminente" de "promover el bienestar general" que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino" [Fallos, 289:430]. Ello implica que ha de tenderse a una progresividad de los derechos, es decir, que toda persona tiene derecho a una "mejora continua de las

condiciones de existencia? y ?de vida?, como así también a que se le garanticen condiciones mínimas de salubridad, para cumplir la clave teleológica de ?proveer lo conducente al desarrollo humano? [doct. arts. 14 bis, 75, 19), regla 1, y 22), Const. Nacional; arts. 11, 1) y 12, 1), 2.d), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]. Así las cosas, no cabe duda que ante la enfermedad que padece la actora [?artrosis severa de rodilla izquierda?], en autos se debate el derecho a la preservación de su salud [comprendido en el derecho a la vida] y la garantía de protección integral de la seguridad social [art. 14 bis, Const. Nacional], en una relación que tiene a la demandada con el dominio del hecho técnico para la provisión de la prestación frente a la afiliada que la peticiona. Esa superioridad del demandado conlleva su obligación de dar una respuesta rápida por las características del padecimiento y las consecuencias negativas que podría acarrear la falta del tratamiento indicado [cfr. art. 2, ley 19.032], porque la ley prohíbe el abuso de las posiciones dominantes por ser contrarias al principio general de la buena fe [doct. arts. 1071, 1098, Cód. Civil; art. 11 por art. 9 del Cód. Civil y Comercial]. En consecuencia de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso del INSSJP [Unidad de Gestión Local VIII, San Martín] y confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda de Mónica Graciela Riol [en representación de su madre H. M. G.] y tiene por cumplida la provisión de la prótesis anatómica solicitada sin queja de la contraria, con costas en ambas instancias en el orden causado por la naturaleza del asunto y las particulares circunstancias del caso, comunicando lo aquí decidido al Director Ejecutivo Nacional del INSSJP, a sus efectos [doct. art. 17, ley 16.986; arts. 68, 2da. regla y 163, 6), CPCC; fs. 98, III) y 132]. Por los fundamentos dados, y oída la Fiscalía General, el Tribunal RESUELVE: 1º) CONFIRMAR la sentencia de fs. 111/120 que hace lugar a la demanda de Mónica Graciela Riol [en representación de su madre H. M. G.] contra el INSSJP [Unidad de Gestión Local VIII, San Martín] y tiene por cumplida la provisión de la prótesis anatómica solicitada. 2º) COSTAS EN AMBAS INSTANCIAS en el orden causado por la naturaleza del asunto y las particulares circunstancias del caso [doct. art. 17, ley 16.986; art. 68, segunda regla, CPCC]. REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE [Ley 26.856 y Acordada CSJN 24/2013], COMUNÍQUESE al Director Ejecutivo Nacional del INSSJP mediante oficio de estilo, a sus efectos y DEVUÉLVASE.- NOTA: El Dr. Daniel Mario Rudi no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. Conste.- Correlaciones L., S. R. y otra c/Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/amparo - recurso de hecho - Corte Sup. Just. Nac. - 10/12/2013 Cita digital: