

Amparo De Salud Medida Cautelar Suministro De Medicacion Menor De Edad Obras Sociales Medico Tratante

JURISPRUDENCIA

Amparo de salud. Medida cautelar. Suministro de medicación.

Menor de edad. Obras sociales. Médico tratante Se ordena cautelarmente a OSDE proveer a una beneficiaria de la medicación que necesitaba para el delicado tratamiento médico, atento presentarse un estado de incertidumbre relacionado con el riesgo de tener que interrumpir el tratamiento a falta de conseguir la referida droga, y siendo ella la solución más prudente que armoniza con el derecho de salud en juego, de raigambre constitucional. Buenos Aires, 02 de noviembre de 2018.

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado por OSDE a fs. 133/139, contestado por la actora a fs. 143/144, contra la resolución de fs. 130/131; y CONSIDERANDO: I.- Que el señor Javier Edgardo ZYWICA, en representación de su hija menor de edad A. J., promovió la presente acción de amparo -con medida cautelar- contra la Obra Social de Empresarios -OSDE- a fin de que se procediera a la inmediata cobertura del medicamento ?VEDROP? (Tocopersolan)? en las dosis descripta. Expuso que se encuentra afectada por una enfermedad poco frecuente denominada ?abetalipoproteinemia? (confr. punto 3 del escrito de inicio).

II.- Que según se narra en el escrito inicial, en el marco del tratamiento que viene llevando acabo la actora se le prescribió la aplicación de las mencionada droga, administrada en dosis de acuerdo con lo sugerido por el médico que la atiende Dra. María B. ARAUJO M.N. 71.029 (confr. fs. 8). Que dicho tratamiento se encuentra supeditado a la efectiva entrega del medicamento por parte de la accionada quien se niega a proveerla, y ante la eventual interrupción de la asistencia, es que inició el presente amparo con medida cautelar innovativa (confr. punto 4, escrito de inicio, fs.69/73 del presente incidente).

III.- Que el señor Juez de primera instancia, mediante la resolución cuya copia luce glosada a fs. 130/131, y previa remisión de los autos al Cuerpo Médico Forense -fs. 107-, decretó la medida cautelar solicitada disponiendo que el OSDE debía proveer a la beneficiaria la medicación solicitada (VEDROP). Que la demandada cuestionó lo resuelto por la magistrada en los términos que da cuenta el memorial de fs. 130/139, afirmando en concreto que: a) no se encuentran dados los extremos que hacen al dictado de la medida cautelar peticionada; b) el medicamento VEDROP no se encuentra alcanzado por la Resolución 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación - PMO-. Si bien el ANMAT autorizó su importación (Disp. 10401/2016), nada dice la normativa acerca de la obligatoriedad de cobertura por parte de la obra social; c) se encuentra a disposición de la beneficiaria el medicamento TANVIMIL que se comercializa en el país, y que contiene la misma droga que el VEDROP; y d) el dictado de la cautelar resulta ser una tutela anticipatoria de un decisorio de mérito.

IV.- Que así planteada la cuestión a decidir, cabe señalar que se encuentra acreditado en el ?sub lite? la condición de afiliada de la amparista a la institución demandada, la enfermedad que padece ?abetalipoproteinemia? y el tratamiento indicado por la profesional que la asiste mediante el suministro del medicamento ?VEDROP?. Está en debate, en cambio, la obligación de la demandada de otorgar cautelarmente la cobertura del tratamiento con aquella droga.

V.- Que las medidas cautelares, atendiendo a su objeto, resultado, a la manera en la cual se toman y a sus características peculiares, son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho para seguridad de las personas o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de las personas y de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces. Uno de sus requisitos está configurado por la verosimilitud del derecho. Este se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no a una incontestable realidad, que sólo se logrará determinar al agotarse el trámite, lo cual propugna una amplitud de criterio a su respecto (conf. esta Sala, causa 20.803/96 del 29-10-96, entre otras; Fenochietto-Arazi, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, t. 1, p. 472).

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. Es más, 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, entre otros). Otro de los presupuestos indispensables es la existencia del peligro en la demora. Esto significa que debe existir un temor grave y fundado, en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore, o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (conf. Falcón, Enrique M., ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, t. II, p. 235).

VI. Que definidos conceptualmente los recaudos que cabe examinar, corresponde establecer si en el sub lite se encuentran configurados, atendiendo a la crítica desarrollada por la demandada en su memorial de agravios de fs. 133/139. VII.- Que, desde esa perspectiva, corresponde señalar, en este contexto cautelar, que no son atendibles los argumentos esgrimidos por aquella para cuestionar la verosimilitud del derecho de la accionante, por cuanto los extremos

invocados en el escrito de inicio, a la luz de las constancias probatorias colectadas hasta el momento (confr. resumen de historia clínica de fs.8/9 y conclusiones del Cuerpo Médico Forense de fs. 113), otorgan sustento suficiente a la petición cautelar impetrada.

En efecto, no puede soslayarse que la accionante padece ?abetalipoproteinemia?, una grave enfermedad -dolencia que provoca valores extremadamente bajos de betalipoproteínas plasmáticas, mala absorción de nutrientes, deficiencia de vitaminas liposolubles y trastornos neurológicos si el tratamiento no es adecuado -fs. 8-, la que compromete seriamente su estado salud y que a criterio de la profesional que la atiende, Dra. María B. ARAUJO (MN 71.029), necesariamente debe continuar con la aplicación y tratamiento de la mencionada droga -VEDROP-, por cuanto en la actualidad la referida medicación sería la adecuada (confr. asimismo dictamen del Cuerpo Médico Forense antes mencionado). Ello así, importa señalar que en casos como el presente -donde la indicación del médico tratante colisiona con el criterio de otro profesional de la obra social- como regla general cabe atender a lo prescripto por el primero, ya que es dable presumir de su parte un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para el paciente. Claro está que se trata de un principio general que dista de tener carácter absoluto y su aplicación depende de las circunstancias de cada caso concreto, más en el sub examen los fundamentos invocados por el recurrente no aparecen dotados de entidad suficiente como para sustentar otra conclusión. Sobre esa base, con relación al mencionado tratamiento farmacológico, resulta significativo lo expuesto por la médica tratante en el Resumen de Historia Clínica antes referido, en cuanto a que ?...si no se cumple el tratamiento y el seguimiento en forma precisa los pacientes pueden presentar complicaciones neurológicas invalidantes e irreversibles con ataxia severa, compromiso de la visión, imposibilidad de la marcha, etc...? La aludida prescripción no difiere de lo expuesto por el Cuerpo Médico Forense en el dictamen de fs. 109/113 y ampliación de fs. 127/129. En función de lo expuesto, el Tribunal considera que -en la especie- se encuentra suficientemente demostrada la existencia de los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, que son presupuestos necesarios para confirmar la medida cautelar decretada.

Consecuentemente, resulta prudente y aconsejable, como lo resolviera la magistrada de la anterior instancia, disponer cautelarmente la prestación médica requerida, hasta tanto se decida definitivamente la materia sometida a conocimiento del órgano jurisdiccional (esta Sala, causa 466/2011 del 16.8.2011). VIII- Que sin perjuicio de ello, en virtud de las características que presenta el caso, se hace saber a la peticionaria de la medida, que las consecuencias negativas que pudieran derivarse del tratamiento con la indicada droga quedan dentro de su responsabilidad y la de su médica tratante que rubrica el instrumento de fs. 8/9, deslindándose de tal modo la que eventualmente pudiera corresponder a la recurrente en razón de la cobertura parcial que debe brindar con motivo de lo decidido en autos. Que en esas particulares condiciones, el mantenimiento de la medida cautelar por la señora Juez es la solución que, de acuerdo con lo indicado por la médica tratante en el instrumento que luce agregado a fs. 8/9, 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 artículo 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). X.- Por último, con relación al peligro en la demora, este se configura con la propia situación que se ha creado, en tanto se traduce en un estado de incertidumbre relacionado con el riesgo de tener que interrumpir el tratamiento a falta de conseguir la referida droga, el que merece ser cubierto preventivamente hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa. Es que teniendo en cuenta que este requisito refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente -acreditado prima facie- o presunto, la decisión de la recurrente de dejar a la actora sin la cobertura referida, con la consiguiente indeterminación respecto de la suerte del tratamiento con la droga ?VEDROP?, conduce a tener por acreditado el peligro en la demora, con arreglo al delicado estado de salud del accionante. Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución de fs. 130/131. Las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, Código Procesal). El doctor Ricardo Víctor Guarinoni no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN EDUARDO DANIEL GOTTARDI

035710E