

Buenos Aires, 5 de octubre de 2018.

VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 138/vta. -fundado a fs. 140/149 vta.-, contestado por la actora a fs. 153/155 vta. y el Defensor Público Oficial a fs. 161/164, contra la resolución de fs. 128/129; y CONSIDERANDO:

I.- Que, en la decisión recurrida el magistrado de grado hizo lugar a la medida cautelar requerida por los señores Sebastián G. y María Paula Carpineti, en representación de su hija menor D. G. y ordenó a O.S.D.E. ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS (en adelante, O.S.D.E.) otorgar la cobertura del estudio de secuenciación exómica completa (Whole Exome Sequencing), a realizarse en el exterior del país, según lo prescripto por la médica tratante, a fin de obtener el diagnóstico etiológico del cuadro clínico de la enfermedad que padece la niña.

La demandada apeló el pronunciamiento. En sus agravios cuestiona el carácter innovativo de la medida dispuesta y que en el caso se presenten los requisitos necesarios para el dictado de aquella (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora). Afirma que no se encuentra legal ni contractualmente obligada a brindar la cobertura cautelarmente ordenada en el sub lite, pues no está incluida en el Programa Médico Obligatorio. Destaca que la práctica indicada en nada modificará los resultados obtenidos a través de estudios genéticos que ya se efectuaron a D. y que su patología no cambiará por más que se encuentre el origen de su sintomatología. Advierte que el tratamiento se halla en etapa de investigación, no tiene acabada evidencia científica y no está autorizado por la autoridad sanitaria. Por ello, enfatiza que debe ser costeadado por la galena que lo indicó.

Corrido el traslado pertinente, los demandantes lo replicaron a fs. 153/155 vta. y el Defensor Público Oficial hizo lo propio en su intervención a fs.161/164.

II.- Que, así planteada la cuestión a decidir, en lo que se refiere a las objeciones formales de la apelante, si bien es cierto que las medidas cautelares innovativas justifican una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. C.S.J.N., Fallos 316:1833; 319:1069, entre otros), también lo es que la propia Corte Suprema ha sostenido que no se puede descartar la aplicación de una medida cautelar por temor a incurrir en prejuzgamiento cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, y añadió que, estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo del litigio, porque su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (conf. C.S.J.N., Fallos: 320:1633 ).

Desde esta perspectiva, la identidad entre el objeto de la medida precautoria y el de la acción no es, en sí misma, un obstáculo a su procedencia en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (conf. esta Sala, causa 7802/07 del 20.11.07, entre muchas otras).

III.- Que, no es ocioso recordar que para el dictado favorable de una medida cautelar habrá de ponderarse el balance entre la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, en un juego armónico en el cual, cuanto mayor es la cantidad que se presenta de uno de ellos, menor es la cantidad que se requiere del otro.

Así las cosas, en los términos en los cuales la cuestión ha quedado planteada, es dable puntualizar que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado. Ello permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (conf. C.S.J.N., Fallos: 314:711), mediante una limitada y razonable aproximación al tema de fondo, concorde con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (conf. esta Sala, causas nros. 4938/12 del 27.05.12; 4158/14 del 8.07.15; 4820/15 del 5.04.16 y sus citas; entre otras).

IV.- Que expuesto lo anterior, importa destacar que en el caso, la pretensión refiere a una menor de edad que padece epilepsia-trastornos específicos del desarrollo del habla, del lenguaje y de la función motriz (conf. certificado de fs. 2). Tal extremo implica la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 24.901; norma en que se fundó la solicitud de la medida cautelar y que instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, y que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art.1). En este sentido, la Ley N° 26.378, dispuso la aprobación de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, -de jerarquía constitucional, en los términos del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, luego de la sanción de la Ley N° 27.044-, cuyo propósito es “. promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, promover el respeto de su dignidad inherente.”. Además, expresa que “.las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”. Y en su artículo 4, dispone “.que es obligación de los Estados Partes. eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad.” (conf. esta Sala, causa nro. 9758/17 del 26.06.18 y sus citas).

Asimismo, la acción encuentra sustento en el estatuto jurídico de la niñez, que eleva a rango de principio la consideración primordial de su interés superior (conf. arts. 3, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional y arts. 1, 2, 3, 8 y 14 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; esta Sala, causa nro. 9438/17 del 28.05.18 y sus citas, entre otras).

En el sub examine, -inicialmente-también resulta aplicable la Ley N° 25.404, la que en su art. 4 dispone “El paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna”. Y en su art. 6 establece que: “Las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado

por resolución No 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes No 22.431 y No 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias”.

V.- Que desde esas perspectivas, con las constancias agregadas a las presentes actuaciones, se encuentra -prima facie- acreditada la necesidad del estudio que debe realizarse a D., avalada por las prescripciones médicas de quien la atiende y corroborada por el Cuerpo Médico Forense; así como también la negativa de la demandada a cubrir tal prestación en forma integral (conf. fs. 2, 6, 65/66 y 108/126).

Nótese que la Dra. M. V., médica genetista, M.N. xxxxxx, indicó que la práctica referida permite diagnosticar a la paciente con alta sensibilidad del 20/25 %, aproximadamente, y facilitará un seguimiento clínico, orientación pronóstica y el asesoramiento genético a los progenitores (conf. instrumento de fs. 66).

Por su parte, el CMF, dictaminó que “.Por lo detallado en las consideraciones médico legales es evidente y certero que el estudio de secuenciación completa de exoma (WES -whole exome sequencing). es el único estudio genético completo disponible al momento y es adecuado al caso de autos, es de urgente realización, ya que puede mejorar el diagnóstico y consecuentemente el tratamiento y la salud de la misma, ya sea en lo inmediato o en el futuro.” (conf. fs. 125).

En este sentido, es importante recordar la importancia de las indicaciones de los galenos tratantes, basadas en el conocimiento de la Causa n° 6248/2017 doliente, la enfermedad y su evolución; y la particular relevancia que tiene, en la materia, la opinión del Cuerpo Médico Forense. Esto es así, no sólo por tratarse de un órgano imparcial auxiliar de la justicia, sino porque su dictamen resulta coherente, categórico y está fundado en principios técnicos (conf. esta Sala, causas nros.1643/17 del 8.03.18 y 4252/17 del 29.12.17 y sus citas).

La entidad emplazada, en cambio, se limita a sostener que el trato señalado no se encuentra incluido en el P.M.O., cuando -en reiteradas ocasiones- esta Sala ha señalado que la enumeración contenida en el Programa Médico Obligatorio no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino una enunciación no taxativa de las prestaciones mínimas que los beneficiarios están facultados a exigir a las obras sociales (conf. causas nros. 6138/07 del 27.09.07, 7802/07 del 20.11.07 y 9369/17 del 03.05.18 y sus citas).

Tampoco resulta atendible -en este estado larval del proceso- el hecho de que la práctica indicada no esté contemplada en el plan de salud contratado por los actores, toda vez que no especificó los términos del contrato habido entre las partes y ni siquiera lo acompañó a estas actuaciones.

En este mismo hilo conductor, no es posible soslayar que ante el requerimiento efectuado a la obra social demandada, esta se limitó a cuestionar la evidencia científica y los probables resultados y/o recomendaciones de su uso, enfatizó que no está obligada a cubrir tratamientos en el exterior del país y no autorizados por la autoridad pertinente; mas no ofreció -en principio- acción terapéutica acorde y/o equivalente a lo aquí peticionado a efectos de favorecer a la niña (conf. fs. 9, 11 y 92/98 vta.).

Sumado a ello, no obra en autos probanza alguna que demuestre -prima facie- qué otros tratamientos tiene disponible para la beneficiaria. Al respecto, si bien la accionada se refirió a estudios efectuados a la menor, no acompañó el mínimo sustento probatorio relacionado con ello.

A juicio de la Sala, lo meritado otorga suficiente sustento a la medida adoptada por el a quo, al menos frente a los cuestionamientos ensayados en el memorial, aclarando que tales conclusiones se refieren a la cuestión cautelar aquí examinada y no implican un juicio definitivo sobre lo indicado a la paciente.

VI.- Que respecto al peligro en la demora, es claro que se presenta si se atiende a los términos de las prescripciones médicas antes meritadas, en las que se hizo hincapié en que el estudio solicitado, permitirá un mejor seguimiento clínico de la aquejada; por tal situación, seguramente su postergación le acarrearía consecuencias perjudiciales.

VII.- Que conviene recordar que las decisiones sobre medidas cautelares no causan estado, ni son definitivas, ni preclusivas, pueden reverse siempre que se aporten nuevos elementos. En general, tienen carácter eminentemente mutable, de manera que la resolución que recae sobre ellas de acuerdo con las particularidades de cada caso es siempre provisional (confr. esta Sala, doctr. causas nros. 7990/15 del 18.04.17; 2028/05 del 14.04.16 y sus citas; y muchas otras). Por ende, estas se dictan no obstante lo que se pudiera decidir en el futuro ante la existencia de nuevas probanzas, dado el carácter mutable propio de las precautorias. (arts. 202 y 203 del CPCCN).

Por los fundamentos expuestos, sin perjuicio de la que se resuelva en el pronunciamiento definitivo, esta Sala RESUELVE: confirmar el decisorio apelado, con costas de Alzada a la demandada vencida (arts. 68 y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Diferir la pertinente regulación de honorarios hasta tanto recaiga en autos sentencia definitiva.

El Dr. Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO V. GUARINONI

EDUARDO DANIEL GOTTARDI