

Causa n° 4.960/14/1/CA1 – "M. D. c/ Galeno Argentina S.A. y otro s/ amparo de salud – incidente de apelación" – CNCIV Y COMFED – SALA III – 04/12/2014

Buenos Aires, 4 de diciembre de 2014.-

Y VISTO: A fin de resolver el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por la demandada a fs. 94/105, contra la medida cautelar dictada a fs. 80, que mereciera la réplica de la actora a fs. 122/133.-

Oída que fue la señora Defensora Oficial a fs. 147/148, y

CONSIDERANDO:

1. Los padres de la menor, en representación de su hija D. M., iniciaron la presente acción de amparo contra Galeno Argentina S.A. y contra el Estado Nacional -Ministerio de Salud de la Nación-, a efectos de obtener la cobertura integral del transplante de médula ósea con donante no relacionado a realizarse en la ciudad de Berlín, Alemania, específicamente en el Hospital Charité y de todos los gastos relacionados con la menor y sus padres hasta lograr el alta médica correspondiente conforme indicación del profesional que asiste a la niña en el Hospital Garrahan, en virtud de padecer de "anemia de Fanconi".-

Asimismo, requirieron el dictado de una medida cautelar por considerar que el estado de salud se ha agravado y es imperiosa e ineludible la necesidad de realizar el trasplante mencionado (v. escrito de inicio a fs. 53/79).-

2. La señora Juez, interpretando que el grave estado de salud de D.M. -que consideró comprobado con la documentación acompañada-, ordenó a la demandada -con carácter cautelar- autorizar y financiar en un 100% la pretensión formulada (fs. 80/80vta.).-

Esta decisión fue recurrida por la demandada que dedujo revocatoria -la que fue desestimada a fs. 94/105- con apelación en subsidio.-

3. En sus agravios, la recurrente señaló que no se encuentran acreditados los requisitos propios para el dictado de la medida cautelar. Específicamente sostiene que la parte actora no logró acreditar el peligro en la demora, es decir el agravamiento del cuadro que padece la menor.-

Finalmente, sostuvo que no se encuentra obligada legalmente a cubrir la prestación en el extranjero, y cuestiona la contracautela fijada.-

4. Ahora bien, a fs. 21/22 surge un informe emitido por el Registro Argentino de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH), suscripto por el director médico del INCUCAI donde consta que "es poco probable que alguno de los 12 donantes potenciales

restantes (que se detallan en el informe) puedan tener una compatibilidad mejor a la del donante alemán".-

Por otro lado, se encuentra liminarmente acreditado en el resumen de historia clínica de la menor emitido por la médica hematóloga que asiste a la niña D.M. en el Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. "Prof. Dr. Juan P. Garrahan", que padece de "anemia de Fanconi", y que fue evaluada en reiteradas oportunidades por el departamento de pediatría de trasplante oncológico (Centro Charité sito en la Ciudad de Berlín y que cuenta con experiencia en el manejo y tratamiento de esta patología). Es por ello que la especialista en hematología mantuvo la indicación de trasplante de células progenitoras hematopoyéticas con donante no relacionado, debiéndose considerar "centros con experiencia en el manejo de pacientes con Anemia de Fanconi", tales como el mencionado (v. fs. 8/9vta.).-

5. En atención a las constancias de la causa, y ponderando sobre todo que la demandada no puso a disposición de la afiliada un centro idóneo que cubra las necesidades que fueron especificadas por los profesionales que asisten a la menor, corresponde tener presente que el art. 16 in fine del decreto 512/95, reglamentario de la ley 24.193 de trasplantes de órganos y material anatómico humano, dispone la libre elección del paciente respecto del centro de trasplante habilitado en el que se asistirá. Bajo estas condiciones, no resulta razonable hacer cargar a la reclamante con la responsabilidad de probar la necesidad de ser asistida en el centro reclamado, sino que aquélla sólo debe acreditar su carácter de afiliada y la prescripción profesional respectiva, quedando en cabeza de Galeno Argentina invocar y agregar elementos suficientes para crear convicción en el sentido de que puede proveer

prestaciones de jerarquía técnica igual o mayor a través del prestador por ella propuesto (conf. doctrina de la CSJN in re "R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo", sentencia del 27 de noviembre de 2012). Dicho extremo no fue debidamente acreditado por la demandada.-

6. Finalmente, y en cuanto a la caución juratoria impuesta se advierte que luce adecuada en atención a la naturaleza de los derechos en juego y la verosimilitud que aquí se verifica, por lo que el Tribunal no advierte que exista mérito para imponer una contracautela de tipo real.-

Siguiendo con estos lineamientos, no es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, respecto de la cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (cfr. Corte Suprema, Fallos: 323:3229). En tales condiciones, considerando los específicos términos de la prescripción médica (fs. 8/10), como así también el hecho de que la demandada nada ha observado respecto de sus dichos, se impone concluir que el mantenimiento de la medida dictada por el señor Juez es la solución que, de acuerdo con lo indicado por el médico tratante, 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 de la Nación, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc.1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 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).-

Por todo lo expuesto: SE RESUELVE: confirmar la resolución apelada en cuanto ha sido materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen a la recurrente en su calidad de vencida.-

"Hágase saber a los letrados que en las causas en las que se haya interpuesto recurso de apelación o de queja por apelación denegada a partir del 18.3.2013 deberán registrar, validar y constituir por escrito en el expediente su domicilio electrónico, bajo apercibimiento, en su caso, de notificar por ministerio de la ley las sucesivas resoluciones y providencias del tribunal (Acordada CSJN n° 31/11 y 38/13 -B.O. 17.10.13-".-

El Dr. Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).-

Regístrese, notifíquese -a la señora Defensora Oficial en su público despacho-, oportunamente publíquese y devuélvase.-

Fdo.: Graciela Medina - Ricardo Gustavo Recondo