



**No es un argumento para eximirse de la cobertura que el medicamento en cuestión no está autorizada en el país por la Administración Nacional de Alimentos y tecnología Médica (ANMAT)**

**R. F. M. c/ IPS Misiones s/ Incidente de apelación de medida cautelar**

CNCIV Y COMFED – SALA III

Buenos Aires, 13 de mayo de 2013

Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 105/119vta., concedido en relación a fs. 122 y con efecto suspensivo a fs. 143, contra la resolución de fs. 91/92, que mereciera la réplica de la contraria a fs. 123/127vta., y

CONSIDERANDO:

I. El señor Juez de primera instancia haciendo mérito del dictamen emitido por el Cuerpo Médico Forense a fs. 80/89, admitió la medida cautelar impetrada y ordenó al Instituto Provincial de Misiones le proveyera a la menor F. M. R., la medicación “eculizumab” (SOLIRIS®) por 300 mg venticuatro viales por dos meses, ello en atención a la patología discapacitante que padece - síndrome urémico hemolítico atípico- (v. fs. 91/92)./-

Contra dicha resolución apeló la demandada quien sostiene: a) la incompetencia del a-quo;; b) que no se encuentran acreditados los requisitos propios para el dictado de una medida cautelar; c) que la obra social no () emitió decisión administrativa como así tampoco existió negativa para el otorgamiento de una droga que cataloga de “experimental”; d) que el dictado de la medida cautelar provocaría “un debilitamiento y vaciamiento de las arcas provenientes de los aportes de todos los afiliados” (v. fs. 105/119).-



II. En primer lugar, se advierte que a fs. 122 in fine el magistrado de la anterior instancia rechazó el planteo de incompetencia deducido por la accionada.-

Por otro lado, corresponde señalar, que en los términos en que la cuestión se presenta, este Tribunal sólo analizará las argumentaciones que resulten adecuadas con el contexto cautelar en que fue dictada la resolución recurrida (conf. Corte Suprema, Fallo: 278:271; 291:390, entre otros).-

III. Sentado lo anterior, corresponde ponderar que 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 de fallo final de la causa (conf. 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, añadiendo 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. CSJN, Fallos: 320:1633).-  
Desde esa perspectiva, la identidad entre el objeto de la 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. Sala II, causa 5583/11 del 29.11.2011, entre muchas otras).-

IV. Ello establecido, tampoco le asiste razón a la recurrente con el argumento de que no se encuentran cumplidos los requisitos de admisibilidad para el dictado de la medida cautelar.-  
Tal como se ha resuelto en numerosas oportunidades, la verosimilitud en el derecho, como requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontrastable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite (conf. esta Sala, causa 4864/08 del 5.03.2009, entre muchas otras).-



Realizada esta apreciación, es menester puntualizar que, más allá de sus agravios, el recurrente no desconoció la condición de afiliada de la mentor; la enfermedad que padece, como así tampoco su discapacidad.-

La Obra Social, en cambio, sostiene que la medicación prescripta por la médica que asiste a la pequeña F. M. de trece años de edad, no está reconocido por el ANMAT y que se encuentra en fase experimental.-

A lo expuesto, importa señalar que debe tenerse especialmente en cuenta que de acuerdo a lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense a fs. 80/89, el medicamento en cuestión fue aprobado por la European Medicine Agency (EMA) y por la Food and Drug Administration (FDA) -ésta última en septiembre de 2011-, y aunque en el país no esté autorizado por la Administración Nacional de Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), dicha falta de aprobación no basta para revocar la decisión de aquél (conf. Sala II, causas 9396/06 del 22.09.2006; 11.296/05 del 23.03.2007; 2893/06 del 3.04.2007); esto así, ante la fuerza de convicción que surge de la indicación concreta de su médico tratante -doctora M. S. A.- que pertenece al cuerpo médico del Hospital de Pediatría "Prof. Dr. Juan P. Garrahan- y del dictamen del Cuerpo Médico Forense (v. fs. 80/89), documentos y dictamen que no han sido cuestionados por la demandada.-

Ante la contundencia de las conclusiones médicas emitidas por el especialista en nefrología pediátrica que atiende a la menor, que el juez tuvo para admitir la medida cautelar solicitada en cuanto ponderó a que el profesional le prescribió el tratamiento específico para la enfermedad de Síndrome Urémico Hemolítico atípico justificándose en la recaída de la patología de base que se comporta en la actualidad como parcialmente resistente a las infusiones de plasma, ello unido al argumento vertido en las consideraciones médico legales elaboradas por el doctor A. A. D. -perteneciente al CMF- en el dictamen obrante a fs. 87/88 en cuanto manifestó a que de los estudios realizados por la EMA se observó -en lo que aquí interesa- la eficacia de la droga para el tratamiento del SUHa (v. especialmente fs. 88).-

En esas condiciones, la mera invocación de esa circunstancia por parte de los letrados de la demandada, con sustento en que su uso todavía no fue aprobado por la ANMAT, no alcanza para



revocar la medida cautelar, desde que la demandada no ha brindado fundamentos científicos suficientes para demostrar que resulta equivocada la prescripción médica efectuada en las referidas circunstancias (conf. esta Sala, causa n° 11.173/05 del 11.05.2006).-

V. Encontrándose en riesgo el derecho a la salud de una persona (arts. 42 de la Constitución Nacional y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, ratificado por ley 23.313 -reconocido por la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22), no es irrazonable pretender que se le brinde a F. M. R. la prestación requerida, teniendo en cuenta su estado de salud y la atención que necesita, hasta que se dirima la cuestión de fondo. Circunstancia que, por lo demás, despeja cualquier duda sobre la existencia del peligro en la demora invocado.- No es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que "...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos" (cfr. Corte Suprema, in re "L., G. B. y otros c/ Estado Nacional" [Fallo en extenso: elDial.com - AA2179], del 15-6-04;; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122).-

VI. Finalmente, no está suficientemente acreditado el perjuicio económico irreparable derivado de la medida cautelar que aquí se ordena, ni que se vea afectado el estado financiero de la demandada.-

En atención a los fundamentos vertidos en los considerandos precedentes, SE RESUELVE: confirmar el decisorio apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios.-

Regístrese, y devuélvase al Juzgado de origen donde deberá notificarse.//-

Fdo.: Ricardo Gustavo Recondo - Guillermo Alberto Antelo - Graciela Medina