

Bahía Blanca, 16 de septiembre de 2019.

VISTO: Este expediente nro. FBB 8879/2019/1/CA1, caratulado “Inc. Apelación. en autos: ‘A., B. c/ Swiss Medical Medicina Privada s/ AMPARO LEY 16.986’”, venido del Juzgado Federal nro. 1 de la sede, para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. sub 57/68 vta., contra la resolución de fs. sub 40/44.

El señor Juez de Cámara doctor Pablo A. Candisano Mera dijo:

1ro.) El señor juez de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a Swiss Medical Medicina Prepaga la cobertura íntegra y urgente de todo tratamiento, procedimiento y técnicas médico asistenciales que requiera la niña B. A., como evaluación, seguimiento y eventual resolución quirúrgica, atento a su patología y de acuerdo con lo prescripto por sus médicos tratantes, a realizarse todo ello en el Hospital de Pediatría “Prof. Dr. Juan P. Garrahan” de la Ciudad Autónoma de Bs. As., incluyendo tal cobertura los gastos de traslado y estadía en hotel, tanto de la Sra. C. B. Á. como de su esposo Sr. M. R. A. mientras dure el proceso. Todo ello bajo caución juratoria de los presentantes.

2do.) Contra la referida resolución se alzó la parte demandada.

En primer lugar, sostuvo que con fecha 12/07/19 se procedió a suscribir (entre el padre de la menor y Swiss Medical) una derivación médica programada, a fin de que la niña sea tratada con el Dr. Elmo en fecha 15/7/19 a las 17.20hs, en “Swiss Medical Center Recoleta”, sito en calle Junín 1191, piso 2, CABA.

Asimismo, informó que se efectuó por parte de Swiss Medical la compra de pasajes para que la familia pueda viajar al turno informado, con más la reserva de hospedaje realizada en el Hotel Duomi. En base a ello, entendió que “la presente acción no posee asidero jurídico, pues al momento de su dictado y notificación -12/7/18- la familia se encontraba aceptando la derivación ofrecida, la cual se ha llevado a cabo”.

En virtud de lo expuesto, solicitó se declare abstracta la presente medida con costas por su orden.

Subsidiariamente, fundó sus agravios en los siguientes motivos: a) violación del derecho de defensa en juicio por inexistencia de traslado previo al dictado de la medida impugnada; b) falta de verosimilitud del derecho invocado, en tanto la amparista cuenta con un plan de afiliación cerrado, que implica que los agentes de salud deben brindar las prestaciones por medio de prestadores propios o contratados. Sobre ello, señaló que la actora no acreditó que Swiss Medical no cuente con prestadores aptos e idóneos para realizar los tratamientos ni terapias requeridas “cuando éste posee instituciones propias con amplia trayectoria y reconocimiento”; Asimismo, sostuvo que “la médica tratante no sugiere la derivación directa al Hospital Garrahan, ni que aquella institución fuera la única que pudiera tratar a la amparista; simplemente hace mención a la imposibilidad de ser atendida en dicha localidad, requiriendo que sea atendida en un nosocomio que cuente con experiencia en el seguimiento y tratamiento de la patología que aqueja a la menor”; Postuló que no denegó la cobertura, sino que informó que debía seleccionar un prestador de íntegra la cartilla, y que el Hospital Garrahan no la integraba; c) falta de peligro en la demora.

Sobre el punto, invoca que el juez lo tiene por probado “solamente (.) con la existencia de un nuevo turno asignado en el Hospital Garrahan”; c) que no se hubiera fijado una contracautela real

“resultando insuficiente la caución juratoria”; d) improcedencia de la cobertura generalista, en tanto no surge de la documental ni del escrito de demanda qué tipo de estudios o prestaciones futuras podría llegar a requerir, resultando lo requerido flagrantemente improcedente pues “habilitar la cobertura inmediata de prestaciones a futuro, cuya negativa no ha existido, por no haber sido requerida, ni determinada ni individualizada, carece de todo criterio y sustento legal”.

3ro.) Corrido el pertinente traslado de ley, la parte actora no hizo uso de su derecho a réplica (fs. sub 77 y 79), y por su parte, a fs. sub 82/85 el representante del Ministerio Público Fiscal asumió la intervención que le compete.

4to.) La presente incidencia refiere a una menor de edad -nacida el 28 de marzo del corriente año-, afiliada a la empresa de medicina prepaga demandada, Swiss Medical (f. sub 22).

Conforme surge de las constancias de la causa, la menor presenta desde su nacimiento una tumoración cervical de la línea media dorsal fluctuante de color violáceo, con bordes irregulares de 5 cm x 5 cm, sin diagnóstico prenatal (f. sub 2).

De los dichos de la demanda, surge que “en el momento del nacimiento el tumor tenía una medida de 5 cm x 5 cm, llegando a una medida de 10 cm x 15 cm a los dos meses de vida (.). La dermatóloga que atendía a [la niña] nos manifestó que dado el gran aumento y tan poco tiempo era necesario intervenirla inmediatamente ya que dicho tumor se irriga con la sangre de nuestra hija”. Continúa relatando que “realizados todos los estudios prequirúrgicos a fin de llevar a cabo la cirugía, nos comunican que el análisis de coagulación había dado fuera de los valores normales por la existencia del tumor, (.) es por esto que la dermatóloga, Roxana Di Leo, nos contacta con el Dr. Juan Miguel Martorelli, especialista en cirugía infantil, que luego de evaluar a [la niña] nos manifestó que dadas las circunstancias (edad de la menor, tamaño y ubicación del tumor) y el resultado del análisis de coagulación lo más seguro es la derivación de mi hija al Garrahan, ya que en nuestra ciudad no se contaba con la aparatología para estos casos de extrema complejidad” (v. fs.sub 26vta./27).

Así, lo postulado en el líbello inicial se corrobora con la historia clínica de fecha 14/6/19 -es decir, cuando la niña contaba con 2 meses y medio de vida- suscripta por el especialista en cirugía infantil, Juan Martorelli, y la médica pediatra especialista en dermatología infantil, Roxana Di Leo. En efecto, de aquel documento se informa que “desde el nacimiento hasta la fecha se constata aumento progresivo de tamaño y aumento de la consistencia a la palpación, lo que además de las potenciales complicaciones médicas asociadas, dificulta la manipulación de la bebé por parte de sus progenitores y la lleva a permanecer en decúbito lateral obligado. Las MVV extensas pueden presentar como complicación una coagulopatía intravascular localizada por la posible trombosis intralesonal, la cual se manifiesta con hipofibrinogenemia y con valores de dímeros D elevados, por tal motivo es importante contar con seguimiento estricto de los parámetros de coagulación del paciente antes de cualquier intervención”.

En el mismo informe se señaló de forma expresa que “la paciente fue evaluada por hematología y cirugía infantil en esta ciudad, pero no contamos con la complejidad que la paciente requiere, por edad, tamaño y localización, para el abordaje y tratamiento de las posibles complicaciones asociadas al tratamiento de este tipo de malformaciones vasculares. Por tal motivo se solicita su pronta derivación a centro pediátrico que cuente con equipos médicos multidisciplinarios con experiencia en el seguimiento y tratamiento de dicha patología” (f.sub 13).

5to.) Frente a este diagnóstico, ambas partes fueron coincidentes en la exposición de los hechos acaecidos (que si bien, tal como ha señalado el MPF, no obra constancia del pedido efectuado en sede de la demandada, lo cierto es que éste no resulta un hecho controvertido).

En efecto, luego de la derivación efectuada el día 14/6/19 por los profesionales médicos con motivo de la falta de aparatología necesaria para tratar el cuadro patológico de la menor, la amparista solicitó a su agente de salud, Swiss Medical, la cobertura de las prestaciones necesarias en el Instituto Garrahan, de la ciudad de Buenos Aires, sumado a los gastos de traslado y alojamiento para el turno programado que databa del 28/6/19.

La parte actora afirmó que frente a la negativa y dada la urgencia de la situación “es que decido realizar el viaje en auto hacia la ciudad de Buenos Aires, lo que nos generó altísimos gastos de traslado. Una vez evaluada por los médicos del Hospital Garrahan, nos informaron que debíamos volver el 4/7/19 para poder continuar con los controles y consultas, a la que no pudo concurrir, ya que la obra social no me facilitó el pago de los gastos de traslado como tampoco los de estadía y se negó a cubrir la cobertura de todo tratamiento en el Hospital Garrahan con motivo de que existe vigente convenio con otro nosocomio”. Asimismo, postuló que desde la prepaga le ofrecieron concurrir a la Clínica Suizo Argentina a fin de realizar dichas prácticas (v. e particular fs.sub 27 y 28).

Sobre aquel punto, y en el mismo sentido, la parte demandada, aduce que “no ha negado, ni negará los tratamientos ni cirugías”, y explicó que, a su criterio, dado que la familia posee un plan de características cerrado, la cobertura debe otorgarse con los prestadores que integren su cartilla médica, “siempre y cuando posean la misma trayectoria, dedicación y equipamiento para tratar las patologías de sus afiliados”. Así las cosas, sostuvo que dado que el Garrahan no integraba su cartilla, “se procedió a ofrecer instituciones médicas de primer nivel que podían llevar a cabo el tratamiento solicitado”, refiriendo a las instituciones “Clínica y Maternidad Suizo Argentina”, y “Centro Médico Recoleta ‘Swiss Medical Barrio Norte”, ambas ubicadas en la CABA, por lo que -sostuvo- también ofreció hacerse cargo de los correspondientes gastos de traslado y estadía para ambos progenitores.

Asimismo, luego de interponer la presente acción (día 4/7/19, v. cargo de f. sub 33 vta.), y previo a tomar conocimiento del proceso la parte demandada, la amparista informó que la menor tenía asignado nuevo turno en el Garrahan para prequirúrgicos, extracción de sangre y biopsia, con cirugía programada para el 12/7/19 (acompañando constancia de turno para cirugía, v. f. su b 36), y asimismo manifestó haber incurrido en una “confusión” en su líbello inicial, expresando la obra social que ofreció “otros sanatorios, no mencionando la Clínica Suizo Argentina, por lo que solicitó se tenga presente lo expuesto” (f. sub 38).

Así las cosas, el magistrado de grado, haciendo lugar al planteo, dictó la presente medida cautelar el día 10/7/19 (fs. sub 40/44), quedando ésta notificada a Swiss Medical el día 12/7/19 a las 11.30 hs. (v. oficio sub 46).

En el recurso de apelación interpuesto con fecha 16/7/19 (f.sub 68 vta.), la demandada informó que el mismo día en que fue notificada del despacho favorable de la petición cautelar -12/7/19- las partes suscribieron “una derivación médica programada a fin de que la menor sea tratada con el Dr. Elmo, en fecha 15/7/19, en el nosocomio ‘Swiss Medical Center Recoleta’, CABA, y ante la falta de recursos económicos de la familia, se procedió a efectuar la compra directa de los pasajes requeridos para que pudieran viajar al turno, con más la reserva de hospedaje en el Hotel Duomi”. Asimismo, la demandada acompañó constancia de “derivación médica programada”, suscripta por

el padre de la menor, y constancia de 3 pasajes en ómnibus para la niña y sus progenitores con fecha 14/7/19 (fs. sub 49/vta. y 53/55). En base a ello, la demandada entendió que la acción de amparo “no tiene asidero jurídico” y se debe declarar abstracta la cuestión. Subsidiariamente, cuestionó la medida cautelar dispuesta en su contra, cuyos agravios ya fueron sintetizados en el acápite 2.

Por último, tengase presente que la parte actora no contestó el traslado conferido del escrito recursivo.

6to.) Ahora bien, sin perjuicio del alegado acuerdo de partes para tratar la patología de la menor en el centro ofrecido por la demandada “Swiss Medical Center Recoleta”, lo cierto es que en la presente incidencia no consta que la amparista haya visto satisfecha su pretensión, por lo que el objeto de la pretensión – con las constancias que tengo a la vista- permanece vigente.

Ello, sin desmedro de destacar que de la lectura del acuerdo que la demandada trae a colación para eximirse de responsabilidad, si bien de allí surge que habría un turno médico con el Dr.Elmo para el 15/7/19, no se menciona ni la especialidad del referido galeno, ni el tipo de consulta a llevar a cabo ni tampoco en qué institución debía realizarse aquella derivación (es decir, si la misma resultaba ser “Swiss Medical Recoleta Center”).

Lo expuesto no me permite desterrar que aquello que suscribieron las partes refiera a las prestaciones que la niña requiere, y cuya tutela solicita mediante la presente.

Ello, sin perjuicio de lo que surja de la tramitación del principal, donde la judicatura podrá contar con mayores elementos a valorar.

7mo.) Asimismo, cabe desestimar el agravio relativo a la violación del derecho de defensa con motivo de la falta de traslado previo al dictado de la medida impugnada, en tanto dicho extremo se encuentra expresamente regulado por nuestro código ritual. En efecto, el art. 198 dispone que “las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte.Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento”.

La razón de ser del pronunciamiento inaudita parte de las resoluciones cautelares radica en que la dilación que conlleva la bilateralización se contrapone abiertamente con la celeridad que debe imperar en este instituto, ello a fin de evitar la frustración del derecho que se pretende tutelar, máxime si -como en autos- se debate el derecho a la vida y la integridad física de las personas.

8vo.) Por otro lado, entiendo verificada la verosimilitud en el derecho que se invoca, esto es, el derecho de la menor a ser tratada en un establecimiento que cuente con la aparatología adecuada para tratar su dolencia.

Sobre el punto, no escapa al suscripto que no obra en autos constancia que la derivación “a centro pediátrico que cuente con equipos médicos multidisciplinarios con experiencia en el seguimiento y tratamiento de dicha patología” refiera -específicamente- al Hospital de Pediatría Garrahan, en tanto el certificado médico por el cual se prescribió la derivación, únicamente se limitó a postular que dado el cuadro patológico de la menor, y atento a “la complejidad que la paciente requiere, por edad, tamaño y localización [del tumor], para el abordaje y tratamiento de las posibles complicaciones asociadas al tratamiento de este tipo de malformaciones vasculares (.) se solicita su pronta derivación a centro pediátrico que cuente con equipos médicos multidisciplinarios con experiencia en el seguimiento y tratamiento de dicha patología” (f. sub 13).

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la menor goza del derecho de recibir un adecuado y oportuno tratamiento, y que el nosocomio en el que fue primigeniamente atendida no cumplía con dicho estándar, conforme la propia prescripción de sus médicos.

Así las cosas, los amparistas relataron en el escrito inicial que el Dr. Martorelli -especialista en cirugía infantil que prescribió la derivación- les manifestó que “lo más seguro era la derivación de mi hija al Hospital Garraham” (f. sub 27), y que “el Dr. Martorelli se comunicó con una especialista del Garraham de la ciudad de Buenos Aires, pues dicho instituto era el indicado para tratar la patología de la menor” (f. sub 28).

Así entonces, si bien no consta con la documentación hasta ahora acompañada que la derivación sea a la institución Garraham, lo cierto es que dada la severa patología sufrida por la menor cuyo cuadro de salud se agrava de forma continua y acelerada (repárese que “en el momento del nacimiento el tumor tenía una medida de 5 cm x 5 cm, llegando a una medida de 10 cm x 15 cm a los dos meses de vida”, conforme expuso la madre), y frente al apremio en su tratamiento y la imposibilidad de ser tratada adecuadamente, resulta suficiente para tener por acreditada la verosimilitud en el derecho -y siempre teniendo en cuenta el grado de cognición propio de esta incidencia- los dichos de la madre en cuanto a que el especialista en cirugía entendió que el centro idóneo para su tratamiento resultaba el Hospital Garraham.

En base a ello, si bien no es posible descartar -por el momento- que los centros médicos ofrecidos por Swiss Medical no resultan adecuados para tratar las necesidades concretas de la menor -circunstancia invocada por la demandada-, hasta tanto se tramite completamente la causa, la confirmación de la medida cautelar dispuesta se impone por ser la solución que mejor se condice con el cabal resguardo del derecho de la salud de la menor, y por tanto, su agravio sobre el punto no tendrá, por el momento, acogida favorable.

Pues lo que corresponde priorizar aquí por sobre cualquier alegación y constatación en este estado incipiente de la causa, es que la menor cuente con una oportuna y adecuada atención de su salud a fin de no ver menoscabada su integridad física y su vida.

9no.) Por otro lado, en cuanto al agravio relativo a la falta de peligro en la demora -y sin perjuicio de los términos genéricos del escrito recursivo-, éste se verifica con el grave cuadro descrito, por lo que estimo que no es necesario profundizar sobre los riesgos que la espera de una resolución de fondo podría acarrear a la salud y a la vida de la amparista.

Por todo lo expuesto, es que considero que se encuentran acreditados los requisitos de admisibilidad de la pretensión cautelar, y por lo tanto, cabe acompañar la decisión del juez de la instancia de grado.

10mo.) Misma suerte deberá correr el agravio relativo a la caución juratoria impuesta, pues dada la naturaleza de los derechos en juego -protección de la salud- el tipo de contracautela dispuesta se reputa suficiente.

11vo.) Por último, la demandada se agravio por entender que la medida cautelar dispuesta conlleva una “cobertura generalista” -en tanto no surge qué tipo de estudios o prestaciones futuras podría llegar a requerir- y en base a ello, considera que resulta “flagrantemente improcedente”.

Sobre el punto, tal como se expuso en el acápite 1 -y en lo que aquí interesa-, el a quo ordenó la cobertura “de todo tratamiento, procedimiento y técnicas médico asistenciales que requiera la niña

B.A., como evaluación, seguimiento y eventual resolución quirúrgica, atento a su patología y de acuerdo con lo prescripto por sus médicos tratantes, a realizarse todo ello en el Hospital de Pediatría Garrahan” Si bien la locución “todo” podría generar incertidumbre a la parte demandada en cuanto al alcance y extensión de aquello a lo que la manda judicial le ordena, lo cierto es que para su dilucidación no cabe más que atenerse a la problemática de salud planteada.

En efecto, aquí se encuentra debatido el derecho humano a la protección de la salud de una menor recién nacida, que presenta una tumoración “de aumento progresivo de tamaño y consistencia” con posibles consecuencias riesgosas, por lo que, frente a tal escenario, debe señalarse que la cobertura de la pretensión a la que se condena a Swiss Medical abarca y queda circunscripta a todo el tratamiento que la niña requiera para combatir su patología. Ello por cuanto, la naturaleza de la patología determina, conforme expresara la madre, que la niña “requiere de un tratamiento a largo plazo y debería hacer un seguimiento para controlar que no aumente el tamaño” (f. sub 26 vta.).

Así las cosas, determinada la patología cuyo tratamiento y cuidado requiere la menor, la obligación de cobertura no resulta -a mi juicio- indeterminada, sino que se circunscribe a aquellas prácticas necesarias para la atención de su patología de base, descartándose -en consecuencia- prestaciones ajenas a ésta.

Por ello, propongo al Acuerdo: 1ro.) Rechazar el recurso interpuesto a fs. sub 57/68 vta., con costas (arts. 68, 2do. párrafo, y 69 del CPCCN).

2do.) Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 14, ley 21.839).

El señor Juez de Cámara, Roberto Daniel Amabile, dijo:

Me adhiero al voto del doctor Pablo A. Candisano Mera.

Por ello, SE RESUELVE: 1ro.) Rechazar el recurso interpuesto a fs. sub 57/68 vta., con costas (arts. 68, 2do. párrafo, y 69 del CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 14, ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase. La señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña, no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Pablo A. Candisano Mera

Roberto Daniel Amabile

MARÍA ALEJANDRA SANTANTONIN

SECRETARIA

