--- Trelew, 19 de Junio de 2008.----------

-- **VISTOS:** ----------

------ El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 28/31, contra la resolución de fs. 27/27 vta., y dictamen de la Fiscalía de fs. 34/34 vta. ----------

---------- **Y CONSIDERANDO:** ----------

---------- **I.-** Que la Sra. Jueza Subrogante del Juzgado Civil y Comercial Nº 2 de Trelew se declaró incompetente para entender en la presente causa en la que los actores reclamaron que se condene a la obra social demandada a reconocer y cubrir la totalidad de las prestaciones médicas, farmacológicas, de internación, rehabilitación, laboratorio y toda otra derivada de la enfermedad que padece el co-actor R. A., diagnosticada como “melanoma maligno” con metástasis en distintas partes del cuerpo , sin pronunciarse sobre una medida cautelar peticionada por los demandantes consistente en la provisión de determinados medicamentos oncológicos por parte de la demandada. ---------- La resolución se basó en que el art. 38 de la ley 23.661 establece expresamente la competencia federal para el tratamiento de todas aquellas causas donde la demandada sea una obra social. ---------- **II.-** Que los actores se quejaron, en lo sustancial, de que en ninguno de cinco casos que denunció cuyas demandadas eran obras sociales fue planteada, ni de oficio, ni a petición de parte la incompetencia de la justicia ordinaria. ---------- Expusieron que ello es razonable dado que se trata de cuestiones vinculadas con la protección de los derechos a la vida y a la salud. ----------

---------- Afirmaron que en los cuatro primeros antecedentes que se describen se hizo lugar en todas sus partes a lo peticionado por los actores, adquiriendo luego firmeza los pronunciamientos de primera instancia. ----------

---------- Expresaron que más allá de la invocación de lo establecido en el art. 38 de la ley 23.661, lo cierto es que en términos estrictamente constitucionales lo resuelto configura en la práctica un claro obstáculo para la vigencia real y efectiva del derecho al acceso a la justicia y defensa de nuestros derechos. ---------- Sostuvieron que la elección de la Defensa Pública encuentra su fundamento en que se trata de la instancia defensiva

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

gratuita más cercana y accesible a sus domicilios. ---------- Se preguntaron retóricamente si los abogados de la Defensa Oficial de Trelew debieron derivarlos al ámbito federal, con el consiguiente desgaste de tiempo y molestias que ello les implicaba, contestándose a su vez que el criterio que mejor comulga con la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales y garantías reconocidos en la Constituciones Nacional y Provincial y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos es el criterio amplio por el que optaron. -------- Adujeron que si se realiza una lectura amplia y en clave de derechos del art. 38 de la ley 23.661, dicho precepto ni siquiera resulta del todo claro en cuanto a que las obras sociales no puedan ser demandadas ante la justicia ordinaria, máxime si se repara en el hecho de que tanto la ley mencionada como la propia ley 23.660 a la que remite hace explícita su finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. ---------- Transcribieron doctrina y jurisprudencia que resultaría favorable a sus posturas, inclusive un fallo es ésta Sala según el cual la competencia de la justicia federal en provincias, es de excepción, encontrándose circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia. ---------- Alegaron que de mantenerse la resolución apelada deberían sustituir el patrocinio que poseen y transitar este juicio bajo los término de la Ley Nacional 16.986 que, como es sabido, establece requisitos de admisibilidad y procedencia mucho más restrictivos que los que fija la normativa provincial en la materia. --------- Se quejaron asimismo en razón de que se omitió toda consideración respecto de la medida cautelar planteada en el escrito de demanda. ---------- Sostuvieron que debía decretarse la medida cautelar conforme lo establece con toda claridad el art. 196 C.P.C.C., señalando que en dos casos anteriores, uno de ésta Sala y otro de la Sala “B” de éste Cuerpo, se lo había hecho. ---------- **III.-** Ingresando al abordaje de la cuestión relativa a la competencia de este fuero, es dable consignar de antemano que es correcta la cita que efectúa el apelante respecto de un antecedente de ésta Sala según el cual la competencia de la justicia federal en provincias es de excepción, es

decir, se encuentra circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva (S.I.C. 33/03; C.S.J.N., Fallos 244-99, 236-8; confr.: Podetti-Guerrero Leconte, "Tratado de la Competencia", ed. 1973, I-467).---------- El art. 38 de la ley 23.661 establece que: "La ANSSAL y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fuesen actoras. El sometimiento de los agentes del seguro a la justicia ordinaria estará limitado a su actuación como sujeto de derecho en los términos dispuestos en la ley de obras sociales" ---------- De lo expuesto se desprende, sin lugar a dudas, que en el caso, al estar inscripta la obra social en el Registro Nacional de Obras Sociales, la competencia le corresponde a la Justicia Federal, por lo que se confirmará en lo principal la sentencia apelada. ---------- Extensa doctrina y jurisprudencia se ha expedido sobre la circunstancia que la justicia federal es de excepción, admitiéndose inclusive que la cuestión sea planteada por las partes fuera de los períodos establecidos en los códigos rituales (arts. 4 y 347 del CPr.) y declarada aun de oficio por los jueces provinciales, imponiéndose abstención por parte de estos magistrados del fuero ordinario sobre las cuestiones en las materias que comprende y la improrrogabilidad de la misma con las puntuales excepciones establecidas legalmente (Falcón, Enrique "Código Procesal...", t. I y II págs. 164 a 235 y conc. ed. Abeledo Perrot, 1984; Arazi-Rojas, "Código Procesal...”, T. I, págs.32, ed. Rubinzal-Culzoni, 2001; Sagüés, Néstor, "Acción de Amparo", págs. 318/319, ed. Astrea, 1995, 4ta.ed.; Morello, Augusto "El Amparo, Régimen procesal" págs.83/84 Librería Editora La Platense-1998. ------- En tal sentido, es extensa jurisprudencia respaldatoria a nivel nacional, que impone la competencia federal cuando está en juego la prestación de un servicio médico asistencial por encontrarse en debate conflictos que puedan afectar la instrumentación y/o planificación de las prestaciones médico asistenciales regladas por la Ley 23.660 y de la salud normadas por la Ley 23.661 (C.S.J.N. Fallos 312: 985; ídem 323:3006, entre muchos otros).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- **IV.-** En segundo lugar debe resolverse la medida cautelar solicitada a fs. 19/25vta. Según el inciso 4 del art. 6 C.P.C.C. resulta juez competente para conocer en las medidas precautorias aquél que deba intervenir en el proceso principal, lo que se justifica en razón de constituir un mero apéndice instrumental de una ulterior providencia definitiva. Es por ello que el legislador recalca en otra norma que cuando el conocimiento de la causa no fuese de la competencia del juez, éste debe abstenerse de decretar la medida precautoria impetrada (art. 196, primer párrafo CPCyC).- Pese a ello, en el párrafo siguiente de la norma admite algunos supuestos de excepción en que un juez incompetente dicte medidas cautelares. ----------

---------- Para explicar esta norma y las dos situaciones que prevé baste citar un fallo donde se resolvió que si bien es cierto que los jueces incompetentes pueden decretar medidas cautelares, no debe olvidarse que ello sólo es posible excepcionalmente y cuando razones de urgencia así lo aconsejan, siendo que el principio general es que estas medidas deben requerirse ante el juez que tenga competencia para conocer de la acción principal (Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, 23/4/92, “Grupo Acero S.A. s/ Acción de amparo”, en Juba sum. B2203005).----------

---------- Sin perjuicio de lo anteriormente enunciado, si se encuentra acreditado –como ocurre en el caso de autos- la existencia de suma urgencia, justo es relativizar la aplicación del art. 196 Cód. Proc., y decretar la medida cautelar como medio de evitar y prevenir probables o cuasi ciertos daños, que a la postre serían irremediables (cf. los precedentes resueltos por la justicia bonaerense y glosados en Juba, sum. B9990821).--------

---------- Respecto de las diferencias entre competencia y jurisdicción ha dicho prestigiosa doctrina extranjera que “…no es posible afirmar la calidad de juez sin jurisdicción, pero si cabe decir de un juez que carece de competencia para conocer de ciertos negocios.... la competencia siempre lleva implícita la jurisdicción” aunque la inversa no es exacta (Luis Alonso Rico Puerta, “Teoría general del proceso”, Edit. Comlibros, 1ª edición, Bogotá, 2006, p. 247).---------- Es este un caso en que competencia y jurisdicción se encuentran disociadas. Es que los conceptos procesales de jurisdicción y competencia deben ir

necesariamente juntos, dado que sólo el juez competente puede ejercer la jurisdicción, debiendo inhibirse en caso contrario. Pero en ocasiones en que ambos conceptos se encuentran contrapuestos, en casos verdaderamente excepcionales, en que se ven comprometidos valores o intereses superiores como la vida o la integridad física de una persona y donde la salvaguarda de esos bienes superiores requiere de medidas urgentes, puesto que la menor demora podría con cuasi certeza comprometerlos o afectarlos definitiva e irremediablemente -como ocurre en el caso de autos-, el ordenamiento jurídico salda la puja entre competencia y jurisdicción a favor de ésta última y entonces, en estos casos no corrientes, la competencia debe ceder ante la jurisdicción. En tales supuestos un juez incompetente, se encuentra habilitado excepcionalmente para dictar medidas cautelares (cfr. a mayor abundamiento FAIREN GUILLÉN, Víctor.”Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales”, Librería Bosch, Barcelona, 1990, pp 123 y ss. y esp. 247 y ss).---------- En este sentido, importante doctrina ha sostenido que se debe privilegiar –en función del valor superior a resguardar, que no es otro que el de la eficacia de la jurisdicción- un criterio amplio, aunque con límites para el supuesto de que se le requieran a un Juez incompetente determinadas medidas cautelares. No sería válida la medida decretada si la incompetencia resultara manifiesta. Mas esa doctrina a la que se hizo referencia inclusive sostiene que “De todas suertes no ha de excluirse aun excepciones dictadas por la jerarquía de los intereses comprometidos en el contexto de una interpretación teleológica que haga pie en el entramado armónico de los arts. 14, 17, 18 y 33 de la C.N.” (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, T. II-C, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot 1986, pág. 543).

--- Y el prestigioso doctrinario y juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Eduardo De Lázzari en una clásica obra sostuvo que “La competencia atribuida para el proceso principal determina a su turno la que corresponde para las medidas cautelares. Esta es la regla general. Sin embargo,... admite importantes atenuaciones” (DE LÁZZARI, Eduardo, “Medidas cautelares”, Librería Editora Platense, La Plata, 1989, p. 67).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- Agregó luego el mismo autor que “En efecto, de los textos legales aplicables se desprende que aún careciendo de competencia, los jueces pueden disponer medidas precautorias. Ello permite esbozar como principio el de la inconveniencia de que tribunales incompetentes las dicten, mas no que se hallen en la imposibilidad de hacerlo. Y si a pesar de la exhortación que el artículo 196 contiene (“deberán abstenerse”), aún así se efectivizan, la ley no contempla la invalidez sino todo lo contrario: subsistencia, con obligación inmediata -una vez que se produzca el pertinente requerimiento- de remitir las actuaciones al órgano competente” (DE LÁZZARI, Eduardo, “Medidas cautelares”, cit, p. 68).---------- Y dice después que “La razón de ser de esta potestad excepcional de los jueces se halla en la naturaleza asegurativa de la institución, en su esencia, en sus caracteres, entre otros los de celeridad y urgencia...El interés del Estado en asegurar la efectividad de sus fallos, -en tanto en el curso de las actividades imprescindibles para obtener la verdad, la situación de hecho puede llegar a alterarse en manera tal que al momento de la ejecución resulte ineficaz o inútil el mandato judicial-, forma parte de lo que podría caracterizarse como verdadera policía del proceso, de orden público y con connotaciones especiales. Es natural que en esas circunstancias puedan dejarse de lado y cedan los criterios genéricos de los artículos 1 y 4. Desde luego que la prudencia de los órganos jurisdiccionales será el cauce razonable por el cual habrá de transitar este excepcionalísimo arbitrio. Podría decirse que sobre la plataforma común de la verosimilitud y el peligro en la demora, habrán de reunirse notas inusuales en torno de este último extremo, de una gravitación tal que no permitan recurrir al juez competente. Una suerte de medida cautelar dentro de las medidas cautelares. Una situación fáctica conforme a la cual es necesario presentarse ante el primer juez que se tenga a mano, pues de lo contrario la frustración del derecho acaecería irremediablemente” (DE LÁZZARI, Eduardo, “Medidas cautelares”, cit, p. 69).---------- Finaliza diciendo que “El artículo 12 (CPCyC) corrobora esta tesis: si se ha planteado una cuestión de competencia se suspenden los procedimientos pero cualquiera de los jueces puede decretar medidas precautorias. En resumen, el artículo 196 es una excepción que el código procesal consagra al criterio genérico de los artículos 1, 4 y 6, inciso 4º,

para posibilitar la garantía constitucional de la defensa y asegurar el cumplimiento de uno de los fines primordiales del Estado, mencionado en el propio preámbulo de la Constitución: Afianzar la justicia. Y no hay la más mínima contradicción ni enfrentamiento entre tales artículos, pues la competencia que se determina en el inciso 4º del artículo 6 ha sido consagrada -como reza la primera parte del artículo-, a falta de otras disposiciones. La armonización es perfecta y el artículo 196 es el marco excepcional allí contemplado” (DE LÁZZARI, Eduardo, “Medidas cautelares”, cit, p. 70).---------- Además de tan reconocida doctrina, prestigiosos tribunales han hecho lugar a pretensiones cautelares, pese a haberse declarado incompetentes, cuando los intereses a proteger no admitían la demora que implicaba la remisión al juez competente, el avocamiento de éste y su toma de conocimiento de la temática a resolver. ---------- En esta línea pueden citarse, entre otros, los siguientes fallos: ---------- Si el juez decide declararse incompetente de oficio, ello no constituye un obstáculo para que se expida sobre la procedencia de la medida precautoria solicitada en la demanda, puesto que el art. 196 del CPC tácitamente admite su dictado. Máxime en aquellos supuestos en los cuales la demora de su remisión al juez competente, puede tornar ilusorio el derecho que se pretendía cautelar (Cám. 1ª Civ. Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 2/4/96, “Lauletta, Alfredo s/ Medidas cautelares”, en Juba sum. B1401641).---------- Si bien es cierto que el principio general es que las medidas de seguridad solicitadas deben requerirse ante el juez que sea competente para conocer de la acción principal, debiendo los jueces abstenerse de decretarlas cuando el conocimiento de la causa no fuera de su competencia, no lo es menos que en la especie aparece justificado un riesgo en la demora que autoriza el ejercicio de esa potestad accidental para decidir la cuestión de que habla el art. 196 del C.P.C.C., en su párrafo segundo (Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, 4/12/92, “Grupo Acero S.A. c/ Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) s/ Acción de amparo”, en Juba sum. B2202915).---------- Si bien el primer párrafo del art. 196 del CPC ordena a los jueces abstenerse de decretar medidas cautelares

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

cuando ellos sean incompetentes, el siguiente párrafo consagra la validez de las que estos últimos dispongan. De manera tal que el citado art. 196 debe interpretarse en cuanto a que corona una excepción al criterio genérico de los arts. 1, 4, 6 inc. 4° del CPC para posibilitar la garantía de la defensa en juicio (Cám. 1ª Civ. Com. Mar del Plata, Sala 1ª, 11/5/99, “Herrera, Marta c/ Alvarez, Julio s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B1351847).----------

--- El art. 196 del C.P.C.C. establece como regla general que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias, cuando la causa no resultare de su competencia. Sin perjuicio de que las medidas ordenadas mantengan su validez, resultando prudente destacar que la excepción a la regla se funda en la urgencia de las medidas cautelares (Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala 1ª, 17/8/00, “K., O. c/ G., M. s/ Divorcio”, en Juba sum. B1700740).---------- Si bien es cierto que los jueces incompetentes pueden decretar medidas cautelares, no debe olvidarse que ello sólo es posible excepcionalmente y cuando razones de urgencia así lo aconsejan, siendo el principio general que estas medidas deben requerirse ante el juez que tenga la competencia de la acción principal, ello fundado en que las medidas cautelares no constituyen un fin en si mismas, sino que son un accesorio, instrumento o elemento de otro proceso (Cám. Civ. Com. La Matanza, Sala 2ª, 5/7/01, “Romero Félix Miguel y otros c/ Lacuadra Carlos y otros”, en Juba sum. B3400109).---------- Sólo consideramos viable el apartamiento de la regla general establecida en el primer párrafo del art. 196 del CPC, cuando el solicitante de la medida expone y acredita que el tiempo que demorará su acogimiento por el Juez competente, tornará ilusorio el derecho que se pretende cautelar, produciéndosele perjuicios de insusceptible reparación ulterior (Cám. 1ª Civ. Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 18/7/02, “Ferraro Rosana Fátima c/ Scotiabank Quilmes S.A. s/ Acción sumadísima”, en Juba sum., B1403812). ---------- El artículo 196 del CPCC establece un principio general -los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando la causa no resultare de su competencia, en razón de la materia, valor o grado- y una excepción , que debe ser tomada como tal y con la estrictez del caso en el sentido de su urgencia (como por ejemplo, en los reiterados casos particulares

de protección del derecho a la vida y a la salud traídos anteriormente a estudio de la Sala) (Cám. Civ. Com. La Matanza, Sala 2ª, 15/6/04, “Strapko, Felipe Roberto c/ Ministerio de Gobierno y otros s/ Amparo”, en Juba sum. B3400545).---------- En el presente se dan las situaciones de excepción que ameritan –también excepcionalmente- que un tribunal incompetente resuelva una medida cautelar. En el caso de autos está en juego la vida del co-actor R. A.. En efecto, de acuerdo al resumen de historia clínica acompañado (cfr. fs. 5/6 de autos), el demandante padece una enfermedad terminal –melanoma maligno en miembro inferior incluida la cadera- y las drogas requeridas son urgentes y necesarias para su tratamiento. El peligro en la demora lo configura el agravamiento de la enfermedad del actor que surge constatado en la historia clínica y que se debe a la no realización del tratamiento por carencia de los medicamentos idóneos a tal fin. Del resumen de historia clínica surge que “En la TAC de tórax se observa una lesión nueva en la base izquierda y otra en el campo medio derecho de aprox. 9 mm. de diámetro que había desaparecido en la TAC de Diciembre. Se interpreta como progresión...”.----------

No se requieren de grandes dotes de imaginación para advertir que un paciente terminal que padece melanoma y está empeorando, mostrando evidencias tangibles de un agravamiento y la aparición de lesiones nuevas, máxime de ese diámetro en los estudios especiales, ve comprometida su salud cada día que no se le suministre la medicación. Pensar en un mayor peligro en la demora resultaría propio de una imaginación afiebrada. Con lo que se encuentra acreditado en la causa basta para tener por acreditado y, en grado sumo, que se encuentra en juego la vida del paciente si no se hace lugar a la cautela que el Defensor Oficial solicita.---------- La verosimilitud en el derecho está dada en virtud de que la Obra Social demandada aceptó hacerse cargo del tratamiento poniendo en duda únicamente lo adecuado de los medicamentos requeridos por el médico tratante, mas sugiriendo otros que no determinó. ---------- En tal sentido, toda vez que para establecer una medida cautelar de esta naturaleza es razonable seguir las indicaciones del profesional de la medicina -especialista en el tipo de

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

enfermedad de la que se trata-, se hará lugar a lo solicitado. ----------
---------- **V.-** Sin perjuicio de lo que dispone el art. 354 inc. 1º del C.P.C.C, se debe interpretar con sentido amplio esta norma, haciendo extensiva la remisión a jueces de otra jurisdicción, por razones de celeridad y economía procesal, cuando no se advierten *prima facie*, como en el caso, causales de invalidez que impidan la continuación del litigio (R. Arazi y J. Rojas: "Código Procesal", T. II, p. 218, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001). Por ello, en la instancia de grado deben remitirse las actuaciones a la justicia federal. ---------- **VI.-** En atención a la naturaleza de la cuestión y habiendo sido oficiosa la decisión, las costas de esta instancia serán impuestas por el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.). ----------
-- Teniendo en cuenta el resultado obtenido, importancia y eficacia de las labores desarrolladas, carácter con el que actuara, la trascendencia jurídica del caso y demás pautas legales, se regulan los honorarios del Dr. N. R. por su actuación en la Alzada en la suma de $ 500, con más el I.V.A. pertinente (arts. 6, 7, 9, 14, 33, y concs. del dec.-ley 2.200).----------
---

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------
---------- 1) CONFIRMAR la resolución de fs. 27/27 vta. ----------
---------- 2) HACER lugar a la medida cautelar solicitada por los actores, decretando que la demandada le deberá proveer al Sr. R. A. los medicamentos e insumos indicados a fs. 24, punto VII, en el plazo de 96 hs. ----------
---------- 3) IMPONER las costas de Alzada en el orden causado. ----------
---------- 4) REGULAR los honorarios del Dr. N. R. por su actuación en la Alzada en la suma de $ 500, con más el I.V.A. pertinente. ----------
---------- 5) Regístrese, notifíquese y devuélvase sin más trámite.----------
----

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI – MARCELO J. LOPEZ MESA

--- REGISTRADA BAJO EL Nº 114 DE 2.008 – SIC.- CONSTE.----------

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

“A. , R. y otra c/ OBRA SOCIAL U. P. s/ acción de amparo” (Expte. 22.819 – Año 2008)

--

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA