000666/2009

--- Trelew, de noviembre de 2009.-

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

--- Los recursos de apelación deducidos por la actora a fs. 54/57 y por la Asesoría de Menores a fs. 64/67 contra la resolución de fs. 48/52, y ----------

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

--- En la resolución apelada la Sra. Jueza interviniente se declaró incompetente y en base a ello no se expidió sobre la medida cautelar solicitada. ----------

--- **I.-** La actora se quejó, en lo sustancial, de que la Sra. Jueza “a quo” omitió toda consideración respecto de la medida cautelar planteada, limitándose a remarcar que la misma coincide con el objeto de la acción, y que no se encuentra acreditada la irreparabilidad del daño que le ocasionaría. ----------

--- Afirmó que la provisión de la prótesis para la menor se presenta como la única susceptible de cumplir con la cautela del derecho tutelado. ----------

--- Expresó que su hija necesitará la prótesis para poder caminar, levantarse todos los días, ir a la escuela, jugar con sus amigos, llevar una vida similar –dentro de sus limitaciones- a la de los otros niños de su edad. ----------

--- Adujo que la derivación de la pretensión al ámbito federal, acarreará inexorablemente una dilación en el tiempo que la menor no debería soportar ----------

--- Indicó que frente a esta situación humana de urgencia y gravedad en la que se peticiona la defensa de los derechos esenciales de una niña de cinco años de edad, el mandato constitucional exige una tutela judicial efectiva y sin demoras indebidas. --------

--- Expuso que importante doctrina ha sostenido que se debe privilegiar –en función del valor superior a resguardar que no es otro que 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. ----------

--- Aseveró que la resolución atacada no respondió a los argumentos planteados en defensa de su posición y desechó sin justificación válida, las pruebas agregadas que demuestran la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora por la falta de colocación de la mencionada prótesis. ----------

--- Pone de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva provocará a su hija un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en su situación actual –hasta el momento en que concluya el proceso- le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier actividad en su vida diaria, lo que evidentemente reclama una decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra. ----------

--- **II.-** La Asesoría de Menores a su vez se quejó de que, por cumplir con exceso las normas formales, no se le concedió a la menor, con la celeridad que el caso merece, la tutela que necesita. ----------

--- Transcribió doctrina y jurisprudencia que favorecería su postura. ----------

--- Alegó que la Sra. Jueza debió previamente, atento las razones de urgencia vinculadas a los derechos a la vida, a la salud y a la protección especial de la niña durante su infancia hacer lugar a la medida cautelar peticionada. ----------

--- Expresó que la omisión de correrle vista tiene como sanción la nulidad de lo actuado en los términos del art. 59 C.C. ----------

--- Manifestó que a fin de conocer un poco más sobre la realidad de L. R. solicitó al Servicio Social del Ministerio de la Defensa que realice un informe socio ambiental en el domicilio de la niña, su madre y guardador que acompañó. ----------

III.- Como viene de decirse, la Sra. Juez de Primera Instancia declaró su incompetencia en base a lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 23.661 y la circunstancia de que la demandada está inscripta ante el ANSSAL, revistiendo la calidad de obra social comprendida en las previsiones del art. 1º de la ley 23.660 por lo que resulta ser agente natural del Sistema Nacional de Salud. ---------- Más allá de que la justicia federal es de excepción, en principio improrrogable y que corresponde su declaración aun de oficio por los jueces provinciales (conf..: 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), cabe señalar que la actora consintió la referida declaración de incompetencia. ---------- Por otro lado, 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). ----------

--- Lo que viene apelado, entonces, es la virtual denegatoria de la medida cautelar solicitada. ----------

--- 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 cabe 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).----------

--- 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), que no se encuentra presente en este caso. ---- ----

--- Es 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 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 sí 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 se considera 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)., lo que no ocurre en el caso. ----------

--- Es más, a pesar de la abundante jurisprudencia ya reseñada que establece la incompetencia de los juzgados provinciales para casos como el presente, la actora optó por un Tribunal equivocado para deducir la demanda. Y, ante la resolución que decidió correctamente sobre el punto, en vez de incoar nueva demanda en forma célere ante la Justicia Federal insistió en la Justicia Provincial. ----------

--- Por todo ello y dado que en el presente caso no se dan las situaciones de excepción que ameritan que un tribunal incompetente resuelva una medida cautelar, se confirmará la resolución apelada. ----------

--- **IV.-** 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 de la Dra. M. R. C. por su actuación en la Alzada en la suma de $ 500 (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. 48/52. ---------- 2) IMPONER las costas de Alzada en el orden causado. ---------- 3) REGULAR los honorarios de la Dra. M. R. C. por su actuación en la Alzada en la suma de $ 500. ----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos A. Velázquez (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

--- 4) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

--- REGISTRADA BAJO EL Nº __247____ DE 2009. SIC. CONSTE.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA