Comodoro Rivadavia, de enero de 2014.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"R. K.c/OBRA SOCIAL O. s/MEDIDA CAUTELAR" Expte. Nro. 1/2014** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro.2, Secretaría Nro. 4 (Expte. Nro. 477/2013), por haber interpuesto la actora, a fs. 90/96, recurso de apelación, contra el rechazo de la medida cautelar decretada a fs. 89.

Habilitada la feria judicial por la Sra. Juez de Feria, se concedió el recurso y se elevaron las actuaciones.

En primer término, le causa agravio a la parte recurrente que el juez rechazara la medida cautelar por auto simple, en contra de lo que dispone el art. 11 de la ley V-84 que establece que debe ser por sentencia. En tal sentido no menciona las partes y una relación sucinta de las cuestiones sometidas a decisión, ni las considera separadamente con debida fundamentación.

Señala que el auto simple apelado se expide sobre la cuestión debatida en el proceso principal y no sobre la necesidad de que cautelarmente se garantice a la peticionante la entrega de la mediación que se le suministrara como la realización de la intervención quirúrgica ordenada en forma previa a la interposición de la acción de amparo y medida cautelar.

Indica que tales cuestiones requeridas cautelarmente se vinculan directamente con el derecho a la salud y la vida vulnerados, abunda de manera general sobre la consideración de tales derechos como fundamentales que resultan arbitrariamente desatendidos

y la carencia de otras vías legales aptas.

Como tercer agravio postula la consideración del juez de no considerar a la peticionante como integrante del grupo familiar primario del beneficiario por tratarse de un caso de unión de hecho y afiliación voluntaria pudiendo cesar por decisión del afiliado titular.

Señala que por declaración jurada incorporada como prueba documental se acreditó tal circunstancia en la que el beneficiario declaró bajo juramento que la peticionante convivía con el mismo, resultando de aplicación el art. 10 in fine de la ley 23.660

Achaca al sentenciante no haber realizado un análisis adecuado de la documentación aportada en la presente acción.

En cuarto lugar le causa agravio la omisión de valoración de la prueba testimonial de los Dres. C. y A. B. mediante la que se acreditó sumariamente que de no hacerse lugar a la medida cautelar ciertamente la actora vería afectada su salud y colocaría en riesgo su vida.

Señala que tal extremo torna arbitrio el auto atacado.

Se pregunta cuales serían las medidas jurisdiccionales idóneas cautelarmente que con celeridad y prontitud, eviten la afectación de los derechos vulnerados.

Por último le causa agravio que habiéndose acreditado la afectación de derechos ciertos como la salud y la vida que el a quo haya rechazado infundadamente la medida cautelar.

En el caso, se acreditó que la actora

se encontraba con cobertura social al inicio del tratamiento médico y en ocasión de determinarse la necesidad urgente de ser intervenida quirúrgicamente y continuar suministrándose la medicación en forma mensual.

La circunstancia de haber integrado el grupo familiar primario del beneficiario de la obra social, redunda en la obligación legal de la demandada de asumir la obligación de cobertura del costoso tratamiento médico y la intervención quirúrgica a los fines de ser colocada la prótesis ordenada por el médico tratante.

"…El Tribunal Ad-quem es el Juez del recurso y él determina en definitiva su admisibilidad, formas y efectos, mientras no se haya consentido la sentencia o la denegatoria del recurso. La competencia de Alzada es de orden público y las prescripciones del Código de Procedimientos sobre el régimen de los recursos, imperativos porque se vinculan a la estructura de los procesos y la naturaleza de los tipos de resolución judicial…"(Colombo, "Cód.Proc.Civ., 4ta.Ed.act., T.I, pág. 451, art.276) y "…la Alzada, como Juez del recurso de apelación, puede rever la tramitación dada a éste en el Juzgado A-quo …" (Cám.Nac.Civ., Sala A, 20-12-68, L.L. 136, pág.1087, 22.246-S; y 3-6-69, E.D. 29, pág.468).

En este sentido, el tribunal de alzada tiene amplias facultades para "negar" su intervención cuando no se cumplan los presupuestos de admisibilidad y en tal tarea no se encuentra ligado ni por la voluntad de las partes ni por la resolución del juez de primera instancia, por más que se encuentre consentida, deberá intervenir para negar su intervención en la

resolución de la cuestión de fondo que se intenta someter a su conocimiento a través del recurso (Falcón, Enrique “El juez del recurso, LL, 1987-D-492 citado por Loutayf Ranea R. “EL recurso ordinario de apelación en el proceso civil, Ed. Astrea T. 2. p.3).

En virtud de tales premisas, corresponde analizar la competencia de este Tribunal, atento la naturaleza de la medida peticionada, y la expresa norma del art. 198 del CPr según DJ.

Ello por cuanto el art. 38 de la ley 23661 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" (ADLA XLIX-A, p.63).

Y en el caso la demandada es un ente que funciona bajo la órbita de las Leyes 23.660 y 23.661 pues esta inscripta en el Registro Nacional de Obras Sociales conforme surge en http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?cat=agsis&opc=listRnosc&tipo=100.

El Tribunal ha sostenido (vgr. Sentencias Interlocutorias Nro. 153/2002 del 16/10/2002; 20/2003 del 25/02/2003 de la Sala B) que la competencia federal por la materia, es de orden público y debe ser aplicada de oficio por los tribunales (CSJN, Fallos 118:436), en orden a las disposiciones de los arts. 116 de la Constitución Nacional y art. 2 incs. 5 y 6 de la Ley 48, criterio reiterado en autos: “Reynoso, Gregorio Omar C/ Instituto De Seguridad

Social Y Seguros De La Provincia Del Chubut S/ Acción de Amparo" Expte. N° 452/2010, en Sentencia de fecha 11/04/2010, donde expresamente se señaló, siguiendo al Superior Tribunal de la Provincia (Sentencia Definitiva nro. 3/SRE/2010), que si la demandada es una persona comprendida en los términos de los artículos 1° de la Ley N° 23.660 y 2°, segundo párrafo, de la Ley N° 23.661, resulta aplicable el artículo 38 de esta última norma, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria sólo cuando fueran actores (CSJN, "Crova, María Gabriela y otro c/ Organización de Servicios Directos Empresarios –OSDE- s/ amparo", 25/08/09, expte. C. 244. XLV; en igual sentido "Rodríguez, Guillermo Oscar y Cadenas, Gisela Noelia c/ Consolidar Salud SA (hoy perteneciente al Grupo Omint) s/ amparo – medida cautelar", 25/08/09, expte. C. 252. XLV; dictamen de la Procuración General de la Nación en "Pesce, Luciano Carlos Ariel y otra c/ Swiss Medical SA s/ amparo", expte. C. 348. XLV, con cita de Fallos, 328:1600 y 329:4414).

Ello así, por cuanto se encuentran en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia, para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al establecer la prestación médica obligatoria, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos.

Advertida la inequívoca naturaleza federal de las cuestiones ventiladas en el pleito corresponde declarar la incompetencia de la justicia ordinaria provincial para entender en el proceso principal al que accede esta medida cautelar.

En consecuencia y sin perjuicio de lo que dispone el art. 354 inc. 1° del CPr., la C.S.J.N. ha interpretado 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 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), razón por la cual -en atención a los derechos que se dicen vulnerados, se ordena que en la instancia de grado sean remitidas sin más trámite las actuaciones al Juzgado Federal con asiento en esta ciudad, a los efectos pertinentes.

Sentado ello, y toda vez que el recurso traído refiere al rechazo de la medida cautelar, corresponde efectuar otras precisiones.

A tenor del art. 6 inc. 4 del CPr., es juez competente para entender en las medidas cautelares y precautorias, el juez que deba conocer en el proceso principal.

No obstante, el art. 198 del CPr., si bien consagra la directiva fundamental que los jueces deben abstenerse del dictado de medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no es de su competencia, autoriza como válidas las medidas cautelares decretadas por jueces incompetentes siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones del código de rito y agrega que deberá remitir las actuaciones al que sea competente.

Mas ello no prorroga su competencia, sino que, tal temperamento, responde al valor superior a resguardar: la eficacia de la jurisdicción (Palacio, “Derecho Procesal Civil” v. VIII p. 27, Podetti-

Guerrero Leconte, "Tratado de las Medidas Cautelares", 2° ed. P. 94 citados por Morello-Sosa-Berizonce "Códigos Procesarles en lo Civil y Comercial…", Abeledo Perrot, TII C p.543, De Lazzari, "Medidas Cautelares p. 62 citado por Fenochietto "Código Procesal…." T. I Ad. Astrea, pg. 723).

Sin perjuicio de ello, es profusa la doctrina en el sentido que, el juez competente en el proceso principal, es quien decidirá las otras derivaciones de las medidas cautelares, tales como su sustitución levantamiento, responsabilidades consecuentes etc. (Morello-Sosa-Berizonce op. Cit. p. 544; Gozaíni, Osvaldo Alfredo "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T I, La Ley, 1° ed. p. 496; Falcon, Enrique "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, T. IV p. 123 y sus citas), respondiendo así al objeto de preservar al mismo tiempo –que el peligro en la demora- la virtualidad de la *causa petendi* y las atribuciones propias del magistrado que ha de conocer en el proceso (CNCom. Sala C, 10/6/92 en "Romero c/ Telecom Argentina S.A. s/ Sumarísimo).

En tal sentido ha dicho nuestro máximo Tribunal que "Los jueces incompetentes en razón de la materia, valor o grado, deben abstenerse de revisar o modificar medidas precautorias cuanto las causas no fueren de su conocimiento" (CSJN, 21/2/89 in re: "Knapp c/ Arnico S.C.A s/ Nulidad de acto jurídico"). De igual manera, se considera que deberá conocer en los recursos que se concedan contra la medida, una vez remitido el expediente, la Cámara del fuero donde el expediente en definitiva se radica, porque es el tribunal que tiene competencia en el caso. De otro modo se violentaría el

fin de la norma (Conf. Dupuis, Juan Carlos en glosa al art. 196 en "Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación" Dir. Highton-Arean, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005 T.4 p.108 y las numerosas citas que efectúa).

En base a tales argumentaciones y haciendo extensivo el razonamiento, en el caso, en que el juez de grado rechazó la medida cautelar solicitada, resulta esta Cámara incompetente para revisar lo resuelto por aquel debiendo serlo el órgano competente en la materia principal (conforme ya hemos decidido vgr. en S.I. 92/2010 del 18/3/2010 y 137/2013 del 18/07/2013 Sala B).

Precisamente, la Corte Suprema de la Nación, en hipótesis de medidas cautelares o sus modificaciones, dictadas por jueces incompetentes, ha decidido que ellas pueden ser revisadas por un tribunal de grado de otro fuero, en el cual el juicio ha continuado ulteriormente el trámite (Fallos 314:159), quien es el órgano competente para entender en la presente y sus incidencias debiendo cumplimentarse por la instancia de grado con lo prescripto por el art. 198 último párrafo del CPr. remitiendo el presente al competente.

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. 69 2do. párrafo del CPr.). A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, de conformidad a los mínimos previstos en el art. 7, 35 y porcentuales de art. 13

todos de la ley XIII-4 y 15 del DJPCh.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de Feria de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Declarar la incompetencia de la Justicia Ordinaria de la Provincia del Chubut para entender en el principal las presentes actuaciones y sus incidentes.

2) Declarar la incompetencia de esta Alzada para pronunciarse sobre los agravios expresados.

3) Remitir los presentes a la instancia de grado a fin de su remisión inmediata a la Justicia Federal.

4) Costas de esta Alzada por su orden. Regulándose los honorarios profesionales del Dr. G. K. en la suma de pesos equivalente a ocho jus (8).

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS