000054/2017

Comodoro Rivadavia, de agosto de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"L., A. E. c/ OSPCN"**, **Expte. N° 54/2017**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 1 (Expte. N° 913/2016), por haber interpuesto la parte demandada a fs. 125, recurso de apelación contra la sentencia definitiva N° 196/2016 obrante en fs. 113/120vta.

I.- De los antecedentes obrantes en el proceso, surge que a fs. 64/73 la Sra. A. E. L. en su carácter de apoyo referente de su hijo K. A. F., con patrocinio letrado, interpone demanda autosatisfactiva en contra de la OSPCN (OSPCN), a fin de que se le ordene a entregar de manera urgente: 1) un aspirador portátil a batería con un cargador para el automotor y una batería de repuesto; 2) un colchón de espuma de latex natural (Naturalfoam) de alta densidad y antiescaras y una almohada cervical viscoelástica; 3) una silla de ruedas ortopédica, ajustable a las necesidades posturales y físicas de K.; 4) una cama ortopédica eléctrica. Asimismo peticiona se la intime a realizar el pago puntual y conforme lo acordado a valores APE y en los porcentajes de incrementos por año (3 etapas) por los servicios de los profesionales que asisten a K. en la internación domiciliaria y la contratación del laboratorio A. de calle X N° XXX para las extracciones que se le indiquen y de urgencia. Relata hechos sobre la situación familiar y de salud de K..

Funda en derecho. Ofrece prueba. Formula reserva del Caso Federal. Peticiona se haga lugar a la medida solicitada.

A fs. 76 contesta la vista conferida la Sra. Asesora de Familia, en representación complementaria con la progenitora del joven K. A. F. y entiende que se encuentran cumplidos los requisitos exigidos para la procedencia de la medida autosatisfactiva, debiendo darse curso al trámite de la misma. A fs. 77 se ordena correr traslado de la acción instaurada a la demandada.

A fs. 81/100 comparece la accionada mediante apoderado e interpone excepción de incompetencia de la justicia ordinaria de la Provincia del Chubut por tratarse la accionada de una obra social comprendida en los términos del art. 38 Ley 23.661. Subsidiariamente contesta demanda. Niega y narra hechos, desconoce documental, ofrece prueba. Por las consideraciones que expone peticiona se rechace la medida con expresa imposición en costas. Formula reserva del Caso Federal.

A fs. 105/108 la parte actora contesta el traslado conferido de la excepción de incompetencia. Sostiene la competencia provincial y no federal por cuanto: la relación que une a K. con U. P. es de un usuario vinculado a la salud, por lo tanto para el caso no es invocable el art. 38 de la Ley 23.661, ya que se trata de una norma general frente a la especial contemplada en la ley de Defensa del Consumidor y Usuario. La normativa citada determina la jurisdicción federal para el juzgamiento de las infracciones o delitos en que incurran las obras sociales, pero no como el caso de autos de incumplimientos referidos a plena utilización de sus servicios, provisión de medicamentos de sus beneficiarios o afiliados.

A fs. 110/110vta. contesta vista el Ministerio Público Fiscal quien considera que se deberá declarar la incompetencia de la justicia ordinaria provincial del Chubut, debiendo remitir las actuaciones a la Justicia Federal.

A fs. 113/120vta. la Sra. Jueza de grado resuelve mediante sentencia definitiva N° 196/2016 rechazar la excepción de incompetencia y hacer lugar a la medida autosatisfactiva interpuesta, ordenando a la Obra Social U. P. N., a brindar al joven K. A. F. DNI XX.XXX.XXX de manera urgente la entrega de las prestaciones y recursos de tecnología asistida (ayudas técnicas), dispositivos para el cuidado postural y posicionamiento requeridos. Impuso las costas del proceso al demandado.

Cita antecedentes jurisprudenciales de esta Cámara de Apelaciones, Superior Tribunal de Justicia y Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostienen que la competencia federal por la materia es de orden público y debe ser aplicada de oficio por los tribunales, por encontrarse en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia.

Para declarar su competencia, la magistrada considera que la naturaleza del bien jurídico tutelado (adolescente en situación de discapacidad) imponen la competencia especial del fuero de familia, eminentemente protectoria. Tiene en cuenta el bien jurídico que se procura tutelar, derecho a la salud, a la integridad psicofísica y desarrollo integral, donde el sujeto de protección es un joven con condiciones de discapacidad (lo que implica una doble situación de

vulnerabilidad). Entiende no se afectará el sistema de gestión nacional en materia de salud.

Respecto de la medida peticionada, señala que con la documental acompañada y antecedentes, surge acreditado el derecho con fuerza de probabilidad tal que habilita su dictado, por encontrarse comprometido el derecho de K. a la protección integral de su salud. Advierte sobre la trascendencia que importa para el joven la adquisición de los enseres descriptos en fs. 64/vta y los beneficios que el mismo podría significar para la vida y salud de éste, por lo que hace lugar a la medida autosatisfactiva peticionada.

A fs. 125 la demandada interpone recurso de apelación contra dicha resolución. En su memorial de fs. 145/155vta. precisa los siguientes agravios: 1) Incompetencia de la Justicia Ordinaria de la Provincia del Chubut. Sostiene que es jurídicamente insostenible que el Juzgado de Familia N° 1 haya auto decretado su competencia en la contienda, cuando la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacional es unánime en la postura que prescribe que los litigios contra efectoras de salud ingresan en la órbita de la justicia federal. Es regla legal y jurisprudencial que al tratarse la accionada de una obra social comprendida en los términos del art. 38 de la ley 23.661 y abarcar el objeto del litigio una cuestión inherente al derecho a la salud de la demandante, la competencia corresponde a los tribunales federales.

Cita antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Buenos Aires, Superior Tribunal de Justicia de Chubut y de esta propia Cámara de Apelaciones.

Expresa que la Obra Social U. P. es un ente que funciona bajo la órbita de las leyes 23.660 y 23.661 por estar inscripta en el Registro Nacional de Obras Sociales.

Considera que los hechos denunciados en las presentes actuaciones en modo alguno guardan relación objetiva con las prescripciones dispuestas por la ley 24.240, tal como pretende la accionante. Las relaciones jurídicas existentes entre la obra social y sus afiliados se encuentran reguladas por la ley 23.660 y sus normas complementarias, siendo una relación de derecho público y no una relación de consumo. Peticiona se revoque la sentencia, ordenando de inmediato dar intervención a la Justicia Federal, con costas a la actora.

2) Como segundo agravio, expone que el fallo resulta arbitrario, ilegal y en evidente disconformidad con el derecho vigente y los hechos de la causa. No se analiza sobre las cuestiones debatidas en la causa y el ordenamiento jurídico que las regula. Expone que la cama eléctrica no aporta a K. ningún beneficio en comparación con la manual, pues no se encuentra en condiciones de operar por su cuenta el control remoto. En cuanto al aspirador portátil, dice está demostrado que su parte no incumplió con su obligación, dado que autorizó la prestación en las condiciones requeridas por las prescripciones médicas presentadas ante su administración, por lo que no existe objeto litigioso. Respecto del colchón de espuma, argumenta que expuso y probó en primera instancia que el 26/02/2016 se le informó a la reclamante que se debía contactar con ortopedia R. para concertar los términos

de su provisión. Del pedido de sillas de ruedas ortopédica "modelo hummel tilt" resulta manifiesta arbitraria, ilegal y deprovista de todo sustento fáctico jurídico, toda vez que según el programa médico obligatorio tiene la obligación de bridar la cobertura de la prótesis de menor cotización en plaza y las indicaciones médicas deben indicarse por nombre genérico sin aceptar sugerencias de marcas. Por último y respecto de la atención en laboratorios A., que no resulta prestador de plantilla, para las extracciones que se le indiquen a K., resulta un capricho del representante legal y contraria a la normativa del programa médico obligatorio que determina que las atenciones deberán ser cubiertas por los prestadores de cartilla, no admitiéndose atenciones por fuera de la red prestacional. Formular reserva del Caso Federal. Peticiona se declare la incompetencia de la justicia ordinaria y subsidiariamente se revoque el decisorio apelado, con costas.

Corrido traslado de los agravios a la parte actora es contestado a fs. 157/165vta por la misma, quien por los argumentos que expone peticiona se rechace los argumentos vertidos y se confirme la sentencia recurrida. Formula reserva del Caso Federal.

Corrida vista al Ministerio Público Fiscal en esta instancia, a fs. 137 se expide y entiende que atento que la Sra. Jueza de Familia se ha declarado competente, es competencia de esta Excma. Cámara de Apelaciones resolver sobre el recurso de apelación interpuesto. A fs. 167/168 vta. el Sr. Fiscal General Jefe manifiesta que no podría atribuirse la atribución de competencia a un órgano judicial colegiado de segunda

o ulterior instancia, que no se erige en Tribunal de Alzada del órgano judicial de primera instancia que previno y que emitió ya sentencia definitiva. Considera que corresponde el mantenimiento de la competencia oportunamente asignada, y consentida ya, al fuero provincial u ordinario.

II.- Así sintetizados los antecedentes de la causa, corresponde analizar el primer lugar la cuestión relativa a la competencia federal que invoca la demandada.

Reiteradamente se señala que para determinar la competencia debe estarse al contenido de la demanda, como acto constitutivo de la relación jurídico procesal. Es decir, que los ejes directrices son la naturaleza de las normas de fondo aplicables a la causa, la exposición de los hechos que el actor hiciera en su demanda y el derecho que invoca en su reclamo (conf. STJCH. S.I. 5/94, 95/94, 18/91, 84/95, 96/95 y 148/95, 21/SCA/96, entre otras), pues dichos hechos constituyen el fundamento de la pretensión (Falcón, Enrique: "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial" T 1 p. 116, Rubinzal Culzoni, 2006).

La competencia de la Justicia Federal es por su naturaleza restrictiva, de excepción y sus atribuciones están limitadas a los casos que mencionan los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y deben desentrañarse de un conjunto de disposiciones que especifican los casos concretos que la determinan en las leyes particulares.

Dicho esto y entrando al análisis de los agravios vertidos, hemos expresado en otras oportunidades (SI N° 153/2002, 20/2003, 01/2006,

01/2014, 227/2015) que se 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 (DJ 1996-2-684, DJ 1996-1-354, LL1997-F,990; LLBA,19991382; CSJN; El Derecho, Boletín de Síntesis de Corte Suprema de Justicia de la Nación Nro.3-2000, 39 además Fallos 312:985; Fallos 323:3006).

Y así también lo ha interpretado nuestro Superior Tribunal de Justicia, declinando solo en la justicia provincial aquellos supuestos en los que no se mantuvo la cuestión de incompetencia en el órgano superior al ser tratado el recurso interpuesto (N° 03/S.R.E./2010).

Ahora bien, para sostener su competencia la Sra. Jueza de grado considera que se impone la competencia especial del fuero de familia, eminentemente protectoria, atento el bien jurídico que se procura tutelar, derecho a la salud, integridad psicofísica y desarrollo integral de un joven con condiciones de discapacidad.

Sabido es que de acuerdo a las leyes de distribución de competencia provincial, todo asunto relativo a la protección personas pertenece al fuero de familia (art. 87 inc. l Ley III N° 21), pero también es cierto que la competencia federal en razón de la materia es improrrogable, excluyente de las jurisdicciones provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios (CSJN, Fallos, 319:1397).

En virtud de lo normado en el art. 38 de la Ley 23.661, el presente caso constituye un supuesto de competencia exclusiva de la justicia federal, en razón de la materia, razón ésta por la que no proceden los argumentos esgrimidos por la accionante respecto de encuadrarlo en la Ley de Defensa del Consumidor.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dijo: "La Ley 23661, relativa al Sistema Nacional del Seguro de Salud, en su art. 38 establece que 'la ANSSAL y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actoras...'. Atento a la naturaleza de orden público que reviste el citado cuerpo normativo y la asignación de competencia allí prevista, al ser la demandada una obra social, como así también encontrándose en juego cuestiones relativas a la prestación de sus servicios..., resulta inadmisible la alteración de la competencia 'ratione materiae' por vía de convenios entre partes" ("in re": "Colegio de Farmacéuticos Junín c/OSDE s/Amparo", del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo, Fallos, 324:2078).

Por los fundamentos expuestos, advertida la inequívoca naturaleza federal de las cuestiones ventiladas en el pleito, corresponde declarar la incompetencia de la justicia ordinaria provincial para entender en las presentes actuaciones.

No obstante lo expuesto y toda vez que el planteo de la accionante involucra potenciales daños al derecho a la salud de K. y que la obra social no

desconoció el carácter de afiliado, ni la enfermedad, ni la discapacidad que padece el joven, circunscribiéndose la controversia a las prestaciones exigibles del Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), corresponde mantener lo decidido en primera instancia como medida cautelar, hasta tanto el juez competente se expida al respecto (arg. art. 198 Cód. Proc.).

En base a tales argumentaciones, resulta esta Cámara incompetente para revisar lo resuelto por la jueza de grado, debiendo serlo el órgano competente en la materia principal (*cf.* esta Sala S.I. N° 92/2010 del 18/3/2010 y 137/2013 del 18/07/2013 entre otras), debiendo disponerse en la instancia de grado la remisión de las actuaciones a la justicia federal.

III.- Atento como se resuelve y la naturaleza de la cuestión, las costas de esta instancia serán impuestas en el orden causado (conf. art. 69 2° p. CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta -a efectos de determinar los porcentuales previstos por el art. 13 de la Ley XIII N° 4- el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, como asimismo el mínimo establecido por el art. 32 del citado ordenamiento legal.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1) Admitir el recurso de apelación

interpuesto por la demandada en fs. 125. Declarar la incompetencia de la Justicia Ordinaria de la Provincia del Chubut para entender en el presente proceso.

2) Mantener lo decidido en primera instancia como medida cautelar, hasta tanto el juez competente se expida al respecto, conforme considerando respectivo.

3) Ordenar que en la instancia de grado se remitan las actuaciones al Juzgado Federal competente.

4) Imponer las costas de esta instancia por su orden. Regular los honorarios profesionales de los Dres. María Andrea Caleri, Defensora Pública y D. G. C. D. A., Abogado Adjunto, conjuntamente en la suma de dinero equivalente a OCHO (8) JUS y Dr. M. D. S., apoderado de la parte demandada, en la suma de dinero equivalente a OCHO (8) JUS, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARIA FERNANDA ZANATTA **RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES**
JUEZA **DE** **CAMARA**
PRESIDENTE

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
JUEZA DE CAMARA