Comodoro Rivadavia, diez de marzo de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"T., C. del C. c/ O. S. D. T. D. P. Y G. P. D.C. s/ ACCION DE AMPARO" Expte. Nro. 88/2022** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial Nro. 1 (Expte. Nro. 12/2022), por haber interpuesto la demandada, el día 19 de febrero de 2022 (ID 578851), recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia fechada el 15 de febrero de 2022 que hace lugar a la medida cautelar.

Se agravia la recurrente porque la jueza no hace un examen exhaustivo de las constancias de la causa, resolviendo únicamente en atención a los hechos expuestos en la demanda, siendo incompetente para entender en la materia planteada conforme doctrina legal en ésta provincia. Cita fallos en apoyo de su postura. Sostiene que el otorgamiento de una prestación médico asistencia, como lo es toda prestación llevada a cabo en base a la relación jurídica que los une con sus afiliados se desarrolla en el marco del sistema de salud directamente regulado por el Estado Nacional de lo que se colige que no corresponde la competencia de fueros locales sino del federal en la materia. Solicita se haga lugar al planteo de incompetencia, se declare la nulidad de lo actuado revocando la medida por contrario imperio o se eleve a éste Tribunal.

Expresa que además es imposible cumplir con la manda judicial que ordena en el plazo de 72hs. arbitrar los medios necesarios para la cobertura inmediata y total, y lo que conlleva la práctica a realizarse a favor de la Sra. C. T. atento a desconocer sus particularidades. Refiere que la Sra. T. se encontraba

antiguamente afiliada como cónyuge a cargo del beneficiario titular, Sr. I. E. M. G. en los términos de los arts. 8 y 9 de la Ley 23.660; la última declaración jurada presentada por el empleador del titular ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (F.931) data del mes de junio de 2021. Agrega que conforme la normativa citada la obligatoriedad de la cobertura cesó el día 30 de septiembre de 2021, por haber transcurrido los 3 meses post distracto que contempla en inc. a) del art. 9.

Expresa que además, del reporte emanado de la SSSALUD se verifica una inscripción del titular en el régimen simplificado (monotributo) solo habiendo aportado durante el mes de noviembre del año pasado y direccionado las cotizaciones de dicho régimen hacia una O. S. distinta a ella. Añade que de las constancias emitidas por la Administración Nacional de la Seguridad S. (Certificación Negativa) tampoco surge activa una O. S. en la que se encuentre afiliada la Sra. T., razón por la cual se colige razonablemente que no existe a la fecha relación jurídica alguna sobre la que se pretenda sustentar la pretensión procesal por parte de la actora, lo cual implica una falta de legitimación pasiva al no ser parte titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. Hace reserva del caso federal.

El 2 de marzo de 2022, la jueza rechaza el recurso de revocatoria y concede el de apelación en subsidio, elevándose los autos a fin de resolver.

El 4 de marzo de 2022, la actora acompaña memorial, solicita el rechazo de los agravios con costas. Hace reserva del caso federal.

II.- En primer lugar es dable señalar que el Tribunal de alzada como Juez del recurso es el que 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, 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 (Falcon, 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).

Del análisis de las constancias del expediente digital se advierte que la jueza, aún no pronunció sobre el pedido de incompetencia de la demandada, encontrándose aún pendiente de contestación la vista al Ministerio Público Fiscal -2 de marzo del corriente año-

, por lo tanto resulta prematuro que éste Tribunal se expida sobre el punto en cuestión.

Es que nuestro máximo Tribunal ha dicho 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).

Ahora bien, respecto a la medida cautelar decretada debemos indicar que 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.

Es decir, resultara válida la medida cautelar decretada por el juez incompetente cuando se da una situación excepcional de suma urgencia y a fin de resguardar el derecho del amparista (Cfme. Juzg. Nac. Civ. n° 34, 10/11/10, ED, 191-150).

Ello así, es dable señalar que el derecho invocado por la accionante -derecho a la salud- ha sido considerado como un primer derecho de la persona humana, desde que el hombre es el eje y centro de todo sistema jurídico, y tiene jerarquía constitucional conforme el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, S.es y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y en los artículos 18, 72 y 73 de la Constitución Provincial.

El derecho constitucional a la preservación de la salud, emerge del derecho a la vida y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho «que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental» (Fallos, 316:479); y que «a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen rango constitucional, la Corte ha reafirmado en posteriores decisorios el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones

positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las o.s s.es o las entidades de la llamada medicina prepaga» (Fallos 321:1684 y 323:1339)

Sentado el contexto normativo, en el cual se encuadra el caso traído a conocimiento, analizaremos los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar, como la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Repárese que la prueba de tal verosimilitud no debe ser acabada, ya que el derecho invocado será materia y contenido del juicio principal. Es decir que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende del conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino de lo que diera en llamar Palacio un "conocimiento periférico o superficial" encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso. Por ello la ley no exige, a los fines de la comprobación una prueba plena y concluyente, sino un mero acreditamiento (Palacio: Derecho procesal Civil, Abeledo Perrot, 1970, Tomo VIII, pág. 33).

Ello así, la verosimilitud del derecho se acredita en autos con las constancias documentales agregadas digitalmente a las presentes actuaciones el 7 de febrero de 2022 (CRU 00822300000024065-4): certificado médicos expedidos por el Dr. G. M. B. -médico tratante- y los mensajes vía whatsapp que intercambio con la demandada a través del servicio de atención al afiliado desde el 30 de marzo de 2021.

Ahora bien, no es este el único elemento, toda vez que el peligro en la demora junto con la verosimilitud del derecho, constituye un requisito de fundabilidad de la pretensión cautelar al traducir el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes.

El peligro en la demora, es en rigor, el presupuesto que da su razón de ser al instituto de las medidas cautelares, pues si estas tienden a impedir que el transcurso incida negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia es obvio que si tal peligro no existe, no se justifica el dictado de una medida cautelar.

Tal presupuesto en autos, en un examen superficial propio del instituto cautelar, no se encuentra acreditado, no se advierte ni acredita una situación excepcional de urgencia, en decretarse la medida cautelar cuando la actora habría dejado transcurrir casi 1 año para promover el presente proceso, no existe un riesgo de daño extremo, inminente e irreparable de la amparista, conforme puede observarse de la prueba documental que adjunta la propia accionante.

En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada el 19 de febrero de 2022 (ID 578851) y en consecuencia revocar la medida cautelar ordenada por la jueza de grado. Disponer que hasta tanto la jueza de grado no se expida sobre la cuestión de competencia, no corresponde a éste Tribunal por prematuro, pronunciarse

sobre los agravios vertidos por la recurrente en este punto.

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

RESUELVE:

1) Revocar la medida cautelar decretada por la jueza de grado, conforme considerando respectivo.

2) Disponer que hasta tanto la jueza de grado no se expida sobre la cuestión de competencia, no corresponde a éste Tribunal por prematuro, pronunciarse sobre los agravios vertidos en este punto.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL Nro. 78 DEL AÑO 2022
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS