/// del Plata, 17 de julio de 2019.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: **"T., L. A. c/ APSOT s/ Amparo contra Actos de Particulares s/ Incidente de Apelación"**, Expediente FMP 58/2019/1, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 2 de la ciudad de Azul;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que arriban los autos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 71/74vta., por el Dr. Mariano Cafiero -apoderado de la demandada-, contra el auto obrante a fs. 56/60vta.

De las constancias obrantes en el expediente se sigue que a raíz de lo solicitado por el amparista, en representación de su hijo –mayor de edad, persona con discapacidad-, en lo referente a esta incidencia (mediante presentación obrante a fs. 39/52; pretensión consistente en la permanencia en calidad de beneficiarios de los servicios y prestaciones de APSOT, tanto del actor como de su grupo familiar, en las mismas condiciones establecidas durante toda la relación laboral), el Magistrado actuante en primera instancia decretó la medida cautelar solicitada, ordenando a la accionada a reintegrar al actor y su grupo familiar al servicio de medicina en los términos que se le brindaba con anterioridad al distracto.

Se trata aquí, entonces, de evaluar la apelación interpuesta por la parte demandada, frente al dictado de orden cautelar en resguardo de las necesidades de salud de los amparistas.

II.- En su presentación recursiva se agravia el apelante de la medida dispuesta, por cuanto la misma no se ajusta a derecho, pues tal como lo reconoció el actor, revistió la calidad de afiliado exclusivamente en base a su relación laboral, habiendo sido desvinculado. Con lo cual –agrega- una vez

vencidos los 3 meses adicionales la accionada no está legalmente habilitada para brindar la cobertura médica requerida.

En ese orden, alega que su mandante no se encuentra incluida entre los sujetos previstos en el art. 1 del decreto 1993/2011 reglamentario de la ley 26.682, y de allí que no se encuentra inscripta en el registro Nacional de Entidades de Medicina Prepaga, no estando habilitada para administrar planes adherentes, salvo que los adherentes se jubilen como afiliados de APSOT, lo cual no es el caso del actor.

Finalmente se agravia de la medida decretada toda vez que el Juez no otorgó un parámetro para establecer cuál sería el monto de la cuota mensual, limitándose a mencionar “en los términos que se brindaba con anterioridad al distracto·, resultando la misma arbitraria, debiéndose haber determinado el monto de la cuota u ofrecer parámetros para ello.

III.- Conferido el traslado pertinente a la contraria y no habiendo sido contestado el mismo –fs. 108 y 114-, quedaron los autos en condiciones de ser resueltos, conforme fs. 117.

IV.- Que al entrar a analizar la cuestión traída a estudio, a fin de arribar a una solución ajustada a derecho y a las circunstancias de la causa, debemos valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgiendo así el derecho a la salud, a una buena calidad de vida y a una asistencia médica adecuada, consagrados en la Ley Suprema y en Declaraciones y Tratados Internacionales, que gozan de jerarquía constitucional.

El derecho a una buena calidad de vida tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, siendo la asistencia médica un aspecto fundamental de la misma (cfr. CFAMdP en autos “T., S. c/ SAMI s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, sentencia registrada al T° CXI F° 15.840; “A., Z. E. c/ INSSJYP y otro s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, sentencia registrada al T° CX F° 15.687; entre muchos otros).

Es claro que si – como acaece en autos - hay riesgo y el peligro de daño – en este caso a la salud y a una buena calidad de vida – es inminente, la seguridad previsible obliga antes y no después a impedir su generación y, en todo caso, a contar a cargo de quien lo provoca, con las fuentes de financiamiento al padecimiento, que sean oportunas y funcionales.

Bien se ha sostenido en este punto que *"(…) resulta fundamental, a fin de propender a la consecución de una tutela que resulte efectiva e inmediata, reposar nuestra mirada en la importancia que tiene el "poder cautelar" para contrarrestar la urgencia que evidencian algunas situaciones excepcionales, a la luz del llamado por Calamandrei: "ordinario iter procesal", esto es, el tiempo que consume naturalmente el proceso judicial" (Cfr. Rojas, Jorge "Sistemas cautelares",* en AAVV Augusto Morello "Director" "Medidas cautelares" Edit. La Ley, pág. 15).

El propio sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales, hoy con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN), refiere la clara directriz de que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (Art. 2, 25 y CC. CADH).

En tal contexto, bueno es resaltar una vez más que el "derecho a la preservación de la salud", que da fundamento a la orden de cautela aquí puesta en crisis, si bien no se encuentra explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional -con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios-, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados "derechos implícitos" de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 33 de la Constitución Nacional).

Cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente

a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: *"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (…) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*.

Merece ponerse de resalto además aquí, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido – en subsidio – asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes, y en este contexto no puede de dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación – *"medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (...)".*

Es decir que del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello – y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud – de tomar acciones positivas en su resguardo.

V.- Que, por otra parte, debemos considerar el carácter de la medida cautelar aquí debatida. Recordemos que la finalidad de toda medida cautelar consiste en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, que se trata de

sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inútiles los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. CFAMdP en autos “Antonio Barillari S.A. s/ Medida Cautelar Autónoma”, sentencia registrada al T° CX F° 15.689; entre otros).

Este tipo de remedio –en este caso innovativo- implica una decisión excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa -que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión- resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. CFAMdP *in re* “Incidente de apelación de medida cautelar incoado por la Dirección de Salud y Acción Social de la Armada en autos: “R., N. A. c/ Dirección de Salud y Acción Social de la Armada s/ Amparo”, sentencia registrada al Tº LXXVII Fº 12.356).

Así, en el estadio cautelar en el que nos encontramos, consideramos que se encuentran reunidos *prima facie* los recaudos legales exigidos para el dictado de este tipo de medidas.

En efecto, el primero de los recaudos que debe concurrir es el “*fumus bonis iuris*” que surge *prima facie* de la documentación acompañada en autos, en particular de las constancias agregadas a fs. 6/8, 10, 15/17, 22, 25/26 de donde se desprende la afiliación que los amparistas ostentaban en la obra social demandada, el certificado de discapacidad del hijo del actor y resumen de historia clínica que da cuenta de su padecimiento y el tratamiento que lleva a cabo.

En relación al peligro en la demora consideramos que, sin incurrir en prejuzgamiento, el perjuicio es inminente; responde a una necesidad efectiva y actual y ante la posibilidad que los accionantes triunfen en su reclamo, revocar la medida cautelar otorgada les ocasionaría un perjuicio que se tornaría irreparable

o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría imposible subsanar una circunstancia que deviene agotada por el transcurso del tiempo.

En este punto, es dable resaltar el estado de indefensión e inseguridad que se generaría a los accionantes, en caso de revocarse la medida dispuesta, en particular teniendo en cuenta el delicado estado de salud de uno de los actores, considerando en especial “el peligro en la demora” que implicaría acceder tardíamente a la cobertura requerida.

Por los motivos expuestos, entendemos que, en esta instancia cautelar y por razones humanitarias, corresponde mantener la medida cautelar dispuesta, a fin de garantizarles a los actores el derecho a la salud y a una asistencia médica adecuada, hasta tanto se esclarezca el derecho controvertido en autos, esto es, a la afiliación; ello, sin que este pronunciamiento implique sentar posición frente a la cuestión de fondo.

VI.- En cuanto a lo manifestado por el apelante en el punto 3 de su presentación recursiva (fs. 73 y siguiente), no resultando técnicamente un agravio, pues no hay monto determinado en primera instancia que este Tribunal deba revocar o confirmar, sino que podríamos incluso encontrarnos ante una aclaratoria del auto cuestionado, estimamos que no resulta competente esta Alzada para adentrarse al análisis de la cuestión planteada.

VII.- Respecto del tema de las costas, no encontramos razones que inviten a apartarnos de la regla general de imposición al vencido, atento la derivación expresamente efectuada por el Art. 17 de la ley 16.986, con cuya remisión consagra también el principio objetivo de la derrota, como regla básica de actuación en el punto, que es la que consideramos aquí aplicable.

Fecha de firma: 17/07/2019
Alta en sistema: 18/07/2019
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA ,
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,

#33212426#238881359#20190718095134368

Por todo lo expuesto este Tribunal

RESUELVE:

I.- Rechazar la apelación interpuesta y confirmar la resolución atacada, en todo cuanto fue objeto de recurso, con imposición de costas de Alzada al recurrente vencido (art. 14 Ley 16.986).

II.- En cuanto a lo manifestado por el apelante en el punto 3 de su presentación recursiva (fs. 73 y siguiente), por los motivos expuestos en el Considerando VI, no resulta competente esta Alzada para adentrarse al análisis de la cuestión planteada.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N.-

Fecha de firma: 17/07/2019
Alta en sistema: 18/07/2019
Firmado por: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA ,
Firmado por: JIMENEZ EDUARDO PABLO,

#33212426#238881359#20190718095134368