

CAMARA APEL CIV. Y COM 4a

Protocolo de Autos

Nº Resolución: 157

Año: 2019 Tomo: 2 Folio: 347-350

EXPEDIENTE: 8268042 - [REDACTED] - P. B., G. T. c/ SWISS MEDICAL GROUP - AMPARO

AUTO NUMERO: 157.

CORDOBA, 21/05/2019.

Y VISTO:

El recurso de apelación deducido por la demandada, en estos autos caratulados “P. B., G. T. C. SWISS MEDICAL GROUP – AMPARO-EXPTE. N°8268042”, contra el decreto dictado el 25 de abril de 2019, por la señora Juez de primer grado y trigésimo sexta nominación en lo civil y comercial de esta ciudad, en la parte que dispone: “....Sin perjuicio de ello, y correspondiendo a los Magistrados velar por el cumplimiento de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que ha adherido la República Argentina, así como la consideración del **interés superior de los mismos**, encontrándose prima – facie en riesgo el derecho constitucional a la salud plena y a la igualdad en el acceso a la educación, en virtud de la menor capacidad para la vida y su desarrollo integral como persona humana que le ocasiona la hipoacusia, de la que dan cuenta las copias acompañadas: hágase lugar a la medida cautelar peticionada y ordénase a SWISS MEDICAL GROUP, la provisión a la niña G. T. P. B., DNI [REDACTED], de dos audífonos marca **WIDEZ, MODELO U2 + FM + SCOLA REACH + DEX + FEX**, para lo cual se concede un **plazo improrrogable de quince días corridos, bajo apercibimiento que por ley corresponda**, a cuyo fin líbrese el respectivo oficio...”.

La apelación fue fundada en la sede anterior, y respondida en ésta, por la parte actora y por la señora Asesora Letrada. Requerido y agregada copia íntegra del contrato de afiliación, se ordenó correr traslado a la señora Fiscal de Cámara, atento la posible configuración de una situación amparable en el estatuto consumeril.

Y CONSIDERANDO:

I. En el ámbito del proceso de amparo se solicitó, como medida cautelar, la provisión de los elementos que da cuenta la relación de la causa, y se proveyó inaudita parte, lo que causa agravio al impugnante.

Se trata, en el caso, del acogimiento de un pedido de **tutela anticipada**, y aunque la petición se encuadre en la órbita de una medida cautelar innovativa, las peculiaridades de la misma imponen **el contradictorio**, porque al adelantarse todos o alguno de los efectos de la sentencia a dictarse, debe permitirse a la accionada el ejercicio de su derecho de defensa (Conf. Lazzarano, Laura G, “Ejecución anticipada de la sentencia”, Zeus Córdoba, T. 1, pág. 939; Peyrano, Marcos L. “La jurisdicción oportuna” en Sentencia anticipada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 326; Eguren, María Carolina, “La jurisdicción oportuna” Op. cit. pág. 302; esta Cámara in re “Morardo, Julio Angel y Otro c. Municipalidad de la Ciudad de Alta Gracia – Recurso apelación exped. Interior (civil) Abreviado –Cuerpo de copias” Auto n°685 del 28/12/2011, entre muchos otros).

Sin embargo, al deducirse el recurso de apelación, de manera fundada, se ha dado oportunidad a la accionada de introducir al debate las cuestiones por las cuales entiende improcedente la solicitud de la contraria.

De tal modo, no se encuentra presente el principio de trascendencia, que justifique el reconocimiento del vicio procedimental alegado, como para dejar sin efecto lo decidido, por este motivo.

II. La **coincidencia** de la provisión ordenada, con la petición sustancial materia del juicio, tampoco constituye óbice para mantener lo decidido pues, en materia de tutela procesal anticipada, se trata, justamente, de eso: anticipar, en todo o en parte la pretensión ejercida en juicio.

Esto así, pues se está en presencia de una tutela especial, respecto de la cual no rige el brocárdico conforme el cual lo cautelar no puede coincidir con lo que va a ser objeto de sentencia.

En tal sentido, prestigiosa doctrina ha señalado que “la referida tutela anticipada se motoriza mediante el despacho de una cautelar innovativa a la que se le reconoce idoneidad para adelantar -siempre y cuando concurren plurales y exigentes recaudos, la satisfacción de lo pretendido por la actora sin que ésta todavía hubiera obtenido una cosa juzgada favorable” (Peyrano, Jorge W, “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en Peyrano, Jorge W. (Director), Medidas cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, T. I, pág. 68).

En otros términos, “...cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito, se genera una tutela coincidente en el sentido de que la prestación otorgada concuerda (en todo o en parte) con lo que se reclama que forme parte de la futura sentencia de mérito favorable.” (Peyrano, Jorge W. “Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros” RCyS, 2012. II, 189 y sgts., anotando el fallo in re “Pardo...” de la C.S.J.N.

III. La impugnante sostiene la inexistencia de verosimilitud en el derecho invocado, para lo cual afirma que se requiere, en realidad “fuerte probabilidad en el derecho invocado”, sin que la señora Juez a quo haya explicitado las razones que sostienen la existencia de este recaudo.

En el punto, aunque pueda coincidirse parcialmente con la apelante, de todos modos, este último no ha desarrollado argumentativamente su postura.

Adviértase que la señora Juez hizo mérito del interés superior de los niños, y a que se encuentra, prima facie, el derecho constitucional a la salud plena y a la igualdad en el acceso a la educación, en función de la hipoacusia de que dan cuenta las copias que acompañara la actora.

Cierto es que no hay identificación de tales copias, pero desandando el proceso, se advierte que se adjuntó la prescripción médica el otorrinolaringólogo Pablo Agustín Heredia (fs. 18) –quien se afirma es el médico tratante de la menor- donde el profesional aconseja la utilización del audífono en cuestión.

La falta de reconocimiento del mentado instrumento, si bien debilita su trascendencia valorativa, constituye un indicio vehemente, que para el caso, situado bajo el amparo del derecho a la salud, a la educación y, esencialmente, de los derechos de la niña, luce suficiente a esta altura del proceso.

Se trata de una decisión donde deben ponderarse los intereses en juego, actividad que aunque no explicitada suficientemente en primer grado, justifica la decisión adoptada. Por lo demás, la apelante pudo ofrecer prueba que contrarrestara la prescripción médica, la debiera haber sido admitida en esta sede, atento la forma cómo se desarrolló el proceso, y sin embargo no lo hizo.

En suma, la “fuerte probabilidad del derecho” se encuentra presente.

Cabe repetir que “... en casos como el presente, en donde el objeto último de la acción está dirigido a la protección de la salud de una persona con discapacidad, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria -aun cuando tenga carácter innovativo- debe ser menos riguroso que en otros, dadas las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer prestaciones como las reclamadas en el sub lite, ponderando también que en estos supuestos, el eventual perjuicio que podría generar para una de las partes la admisión de la medida es habitualmente mucho menos trascendente que el que implicaría la denegatoria para su contraria (confr. esta Sala, causa 6.630/12 del 29-4-13 y sus citas, entre otras)” (CNCC Fed. Sala II, in re “D.L.A. c. O.S.D.E. s/ sumarísimo” del 13 de agosto de 2013, MJ-JU.M.82502-A.R.).

IV. Concorre a afianzar la conclusión anterior, el emplazamiento del conflicto de autos, en órbita de la tutela al consumidor, pues como lo pone de manifiesto la señora Fiscal de Cámara, la demandada es proveedora de un servicio, que genera una relación de consumo que queda captada por el estatuto protectorio.

A lo dicho, cabe agregar lo puesto de manifiesto por la señora representante del Ministerio Público, en tanto la demandada afirma que no negó la prestación, sino que previamente requirió: a) órdenes médicas pertinentes; b) audiometría; c) presupuestos. A esta altura de la cuestión, no puede desconocerse que los elementos requeridos obran en autos (fs. 18, 19, 5/6, 7/8 y 9/11) y aunque no hubieran sido arrimados antes de la demanda, la situación no impidió a la prestadora, al apelar, expedirse sobre el pedido realizado.

De tal modo, y a la luz de los principios consumeriles, cabe tener por suficientemente cumplido el recaudo antes aludido.

V. El peligro en la demora (se trata, en realidad, del “periculum in damni”, esto es, que con la demora se provoque o acentúe un daño), constituye otro hito del alzamiento reglado. En este aspecto, la naturaleza misma de los derechos involucrados, y que ya fueran relacionados más arriba, sumado a la trascendencia del aparato para el mejor desarrollo de la menor en actividades educativas, deja ver que la demora que insumiría el desarrollo integral del proceso, constituye fundamento suficiente para rechazar, en este aspecto, la impugnación.

VI. El otorgamiento de la medida sin que se requiera contracautela es otro de los agravios de la accionada.

Bien entendido, no se trata de un presupuesto de **procedencia** sino de **ejecutabilidad** de la medida.

Y en este aspecto, asiste razón a la apelante, de modo que corresponde requerir que, para que la decisión sea ejecutada, la peticionante ofrezca la fianza de dos letrados, lo

que se juzga suficiente para responder por los eventuales daños y perjuicios resultantes de una hipotética revocación de lo decidido.

VII. La apelante hace pie, también, en la ausencia de la imposición legislativa de la cobertura reclamada, con petición expresa de marca y modelo.

La demandada reconoce que su parte, como empresa de medicina prepaga, se encuentra alcanzada por la ley 24.901 (de protección a la discapacidad), siendo de destacar que en autos obra el certificado correspondiente, que acredita tal situación respecto de la menor de autos (fs. 4).

Siendo así, no puede soslayarse que el Estado argentino ha ratificado la Convención interamericana de eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo (leyes 25.280 y 26.378), que acuerdan un marco legislativo general que impone estar a favor de las prestaciones tuitivas de la discapacidad.

Y no es posible acceder a la pretensión subsidiaria de la apelante, de que se condene a la entrega provisoria por un valor del 50%, por ser ese el límite convenido, conforme surge del contrato de adhesión al sistema.

Así, afirma la demandada que conforme el P.M.O.E. (Programa Médico Obligatorio de emergencia) (Resolución 201/02) se establece que la cobertura de prótesis externas es del 50%.

Sin embargo, el art. 7 de la ley 26.682, que alcanza a la relación de autos, establece que “Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias.”

“Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley sólo pueden ofrecer planes de coberturas parciales en: a) Servicios odontológicos exclusivamente; b) Servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas; c) Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil.”

De tal modo, la cobertura debe ser total.

VIII. El planteo de modificación del efecto con que fue concedido el recurso, incorporado por la señora Fiscal, se torna abstracto, atento el dictado de la presente resolución.

IX. Las costas se imponen al apelante pues, como se dijo, lo atinente a la contracautela es condición de ejecutabilidad y no de procedencia de la medida incoada, y los honorarios de la Dra. Melisa Rossi Bullokles se estiman, provisoriamente, en la suma de pesos siete mil novecientos cuarenta con cuarenta centavos (\$7.940,40) (8 jus) hasta que se determine la base regulatoria de la petición.

En igual suma y condición se estiman los honorarios de la señora Asesora Letrada Dra. Erika Ulla, con destino a la cuenta especial creada a tal fin.

Por ello,

SE RESUELVE:

1) Acoger parcialmente el recurso de apelación, sólo en lo que atañe al requerimiento de dos fiadores para ejecutar la medida acordada.

2) Costas al apelante.

3) Los honorarios de la Dra. Melisa Rossi Bullokles se estiman, provisoriamente, en la suma de pesos siete mil novecientos cuarenta con cuarenta centavos (\$7.940,40) (8 jus) hasta que se determine la base regulatoria de la petición.

4) En igual suma y condición se estiman los honorarios de la señora Asesora Letrada Dra. Erika Ulla, con destino a la cuenta especial creada a tal fin.

Protocolícese, incorpórese copia, hágase saber y bajen.

FERNANDEZ, Raúl Eduardo
VOCAL DE CAMARA

OSSOLA, Federico Alejandro
VOCAL DE CAMARA

YACIR, Viviana Siria
VOCAL DE CAMARA