

Mar del Plata, 22 de agosto de 2019.

VISTOS:

Estas actuaciones caratuladas "V., C. D. c/ SWISS MEDICAL s/Afiliaciones s/ Inc. apelación", expte. Nro. 59220/2018/1, procedentes del Juzgado Federal de Nro. 4, Secretaría Nro. 3, de esta ciudad; Y CONSIDERANDO:

I.- Que arriban los autos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 50/65 vta., por el Dr. Santiago Rivera, en su calidad de apoderado de la parte demandada, contra el auto obrante a fs. 31/32 vta.

De las constancias obrantes en el expediente se sigue que a raíz de lo solicitado por el amparista, en lo referente a esta incidencia (mediante presentación obrante a fs. 18/30), el Magistrado actuante en primera instancia decretó la medida cautelar solicitada, ordenando a la accionada a otorgar la COBERTURA PROVISORIA AL AMPARISTA Y SU GRUPO FAMILIAR, bajo la modalidad adherente o análoga, contra el pago de un monto similar al que abonaba con el plan contratado, con más el 50% en relación a la cónyuge del actor, en razón de la presunta preexistencia denunciada, brindando en especial todas las prestaciones correspondientes a la patología oncológica referida, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, momento en el cual se dilucidará el derecho a afiliación controvertido.

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 del amparista y su grupo familiar.

II.- En su presentación recursiva -ya modo de síntesis- se agravia el apelante de la medida dispuesta, por configurar un anticipo de jurisdicción y no encontrarse acabadamente cumplidos los presupuestos necesarios para su dictado.

Menciona la insuficiencia de fundamento fáctico normativo en la concesión de la misma, alegando que no se le dio a su parte la posibilidad de ejercer sus defensas con anterioridad a su dictado.

Afirma que la cuestión en debate es de naturaleza contractual.

Refiere la inexistencia de verosimilitud en el derecho por omisión en la declaración jurada de las patologías previas que padecía la esposa del actor, motivo por el cual su mandante disolvió el contrato por exclusiva culpa del amparista.

Como consecuencia de ello, también alega la inexistencia de peligro en la demora.

Finalmente se agravia por la insuficiencia de la contracautela dispuesta.

III.- Conferido el traslado pertinente a la contraria y habiendo sido contestado el mismo -fs. 73 y 76/82-, quedaron los autos en condiciones de ser resueltos, conforme fs. 85.

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 del actor y su grupo familiar- 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 descrito 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 T° LXXVII F° 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.1/3, 4, 9/11, 12/15, de donde se desprende la afiliación que ostentaba el amparista y su grupo familiar, el estado de salud de su cónyuge y prescripciones médicas.

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 el accionante triunfe en su reclamo, revocar la medida cautelar otorgada le 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, sobre todo teniendo en cuenta la enfermedad oncológica diagnosticada a su cónyuge y que uno de sus hijos es menor de edad.

En este punto, es dable resaltar el estado de indefensión e inseguridad que se generaría al accionante y su grupo familiar, en caso de revocarse la medida dispuesta, considerando en especial “el peligro en la demora” que implicaría acceder tardíamente a la cobertura requerida.

En otro orden, debemos recordar que la existencia de un cuestionamiento relativo a aspectos contractuales de carácter complejo, como la supuesta conducta omisiva atribuida al accionante por no haber consignado en la declaración jurada cierta enfermedad presuntamente preexistente, y que habría viciado el consentimiento de la entidad demandada, de ningún modo puede afectar la procedencia de la cautelar en estudio, habida cuenta que en este caso en particular, se encuentra en juego el derecho de salud del reclamante y su grupo familiar, por lo que dicho tópico deberá ser motivo de análisis -como hemos mencionado- al momento del dictado de la sentencia definitiva, no correspondiendo que nos avoquemos al tratamiento del mismo en este estadio procesal.

Sin perjuicio de ello, es dable mencionar que el planteo del recurrente en relación a la enfermedad presuntamente preexistente y no denunciada, ya ha sido contemplado en la misma medida cautelar decretada recurrida, cuando el Juez de grado prevé el pago de un monto similar al que abonaba, con más un 50% en relación a la cónyuge del actor, ello así hasta que se resuelva el derecho controvertido de afiliación.

Por otro lado, estimamos que no asiste razón al recurrente cuando alega que no se le dio a su parte la posibilidad de ejercer sus defensas con anterioridad al dictado de la medida cuestionada, pues, cabe destacar, como cuestión característica de toda medida cautelar, que en los trámites de solicitud de las mismas no procede dar intervención al eventual afectado, toda vez que se sustancian “inaudita parte” (art. 198 del CPCCN, primer apartado). Así, actuar preventivamente, una vez acreditados prima facie los extremos requeridos para el dictado de estas medidas, permite obtener que se garantice o afiance el resultado eventualmente favorable de quien las pretende, siendo su trámite individual y sin oír al afectado, restando al mismo la vía recursiva a los fines de ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio. Por lo expuesto, entendemos que no habiéndose visto privada la parte demandada de ejercer su derecho de defensa, habiendo interpuesto el recurso bajo análisis, corresponde rechazar el agravio en tratamiento.

Por los motivos expuestos, entendemos que, en esta instancia cautelar y por razones humanitarias, corresponde mantener la medida cautelar decretada, a fin de garantizarle al actor y su grupo familiar 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.- 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.

Por todo lo expuesto este Tribunal RESUELVE: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).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

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.

ALEJANDRO OSVALDO TAZZA

JIMENEZ E. PABLO