

Córdoba, ocho de julio del año dos mil veintiuno.

Y VISTOS :

Estos autos caratulados: «S., N. A. Y OTRO c/ OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACION s/ PRESTACIONES MEDICAS» (Expte. N° FCB 4001/2021/CA1), venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representante legal de la parte demandada – Estado Nacional (Obra Social del Poder Judicial de la Nación), doctora María Leandra Cravero Piccione, en contra del proveído de fecha 26 de mayo de 2021, dictado por el señor Juez Federal N° 3 de Córdoba, que en su parte pertinente dispuso: «Córdoba, 26 de mayo de 2021. A la medida cautelar solicitada, configurándose en la especie los requisitos previstos en el art. 230 del Código Procesal, toda vez que, sin que esto importe adelantar criterio sobre el fondo de la cuestión planteada, resultaría la verosimilitud del derecho invocado en los términos que para la presente cautelar se requiere, esto es, de posibilidad razonable de que el derecho exista, toda vez que los menores nacidos el día 20/5/2021 en el Sanatorio Allende S.A serían hijos de los amparistas, según certificados de nacimientos acompañados suscriptos por la Dra. Agustina Benitez, frente a la cual el Dr. Luis Ahumada ha prescripto internación en U.T.I.

Neo por el término de 7 días. Asimismo, se verifica en el presente caso un grave peligro en la demora, que resulta de la condición de recién nacidos y la indicación médica de internación en U.T.I. con posterioridad al parto expedida con fecha 21/5/2021 por el Dr.

Ahumada, corresponde por la presente garantizar el resguardo del derecho a la salud de los menores . Por ello, previo ofrecimiento y ratificación por parte de un (1) letrado inscripto, en la matrícula federal, hágase lugar a la medida cautelar solicitada. En consecuencia, ordenase a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, a que en el término de 48 hs. de notificada de la presente proceda afiliar provisoriamente a los menores de edad A. S. y E. S., (hijos del Matrimonio conformado por la Sra. N.A.S. DNI N° (.) afiliada N°52297/11 y el Sr. M.I.A.S. DNI N° (.) afiliado N° 52297/01,. según Resolución N°109 Año 2020 Tomo 1 Folio 256-280 del Juzgado de

Familia 5ª Nom. de la Provincia de Córdoba. Expte. N° 8557641 de fecha 13/5/2020), y brindar a los recién nacidos cobertura del 100 % a su cargo de la internación en la U.T.I. Neo del Sanatorio Allende S.A., según orden de internación de su médico tratante. La presente medida cautelar se dicta por el término de tres (3) meses, o hasta tanto recaiga sentencia firme, lo que ocurra con anterioridad.». FDO: MIGUEL HUGO VACA NARVAJA – JUEZ FEDERAL».

Y CONSIDERANDO:

I.- Previo a ingresar al análisis de la cuestión sometida a debate, corresponde hacer una breve reseña de la causa. Así, con fecha 22 de mayo de 2021, comparecen la señora N. A. S. y el señor M. I. A. S., con la representación legal del doctor Fernando Cesaretti, e interponen acción de amparo en contra de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (O.S.P.J.N.), con el fin que le provea con carácter de urgente la cobertura integral relativa a todos los gastos de internación en la unidad neonatal de sus hijos recién nacidos.

Refieren que ante su imposibilidad para ser padres en forma natural, decidieron concurrir a la justicia a los fines de poder realizar la práctica «Gestación por Sustitución», habiendo obtenido dicha autorización mediante Auto Interlocutorio de fecha 13 de marzo de 2020 dictado por la doctora Parello, Mónica Susana, titular del Juzgado de Familia 5 Nominación de Córdoba. Agregan que el 20 de mayo de 2021 se produjo el nacimiento de sus hijos, quienes debido a su condición de salud debieron quedar internados en la unidad de cuidados neonatales.

Frente a ello, remitieron toda la información requerida por la obra social para realizar la afiliación de los niños y poder obtener la cobertura pertinente, habiendo obtenido como respuesta que la internación de los mellizos debe estar a cargo de la obra social que cubrió el parto. Por ello, se vieron obligados a iniciar la presente acción de amparo requiriendo cobertura de la internación prescripta para sus hijos. Asimismo, como medida cautelar peticiona que la demandada en forma inmediata brinde dicha cobertura.

Seguidamente mediante proveído de fecha 26 de marzo de 2021, el señor Juez de grado considera cumplidos los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, hace lugar a la misma y ordena a la demandada que proceda su cumplimiento.

Con fecha 31 de mayo de 2021 la representante legal del Estado Nacional – Obra Social del Poder Judicial de la Nación-, interpone recurso de apelación en contra del proveído que otorga la medida cautelar.

Corrido el traslado de ley, el mismo es evacuado por la parte actora con fecha 4 de junio de 2021, solicitando – por los argumentos que allí expone y a los cuales nos remitimos en honor a la brevedad-, que se confirme la precautoria concedida, con costas.

Arribados los autos a esta Alzada, se corre vista al señor Ministerio Público Fiscal, quien manifiesta que nada tiene que observar respecto al debido proceso legal que se viene cumpliendo en estos actuados, dictándose a continuación el decreto de autos con fecha 16 de junio de 2021, quedando la causa en condiciones de ser resuelta.

II. Ahora bien, entrando al tratamiento del recurso de apelación impetrado por la representante legal de la demandada, cabe señalar, que la misma se agravia por cuanto el Juez de primera instancia dispone la cautelar «inaudita parte», sin requerir el informe previsto en el artículo 4 de la Ley 26.854, incumpliendo con ello un recaudo legal esencial. Agrega que la manera en que se impone a su representada el cumplimiento de la precautoria es inmediato, lo que importa asignar carácter devolutivo a la apelación, por lo que carecerá de todo sentido cuando se resuelva, ya que la actora habrá satisfecho su pretensión y la OSPJN pagado los importes correspondientes.

Por otro lado, se queja por las graves consecuencias de índole institucional que entraña para el Estado Nacional- Poder Judicial de la Nación – Obra Social del Poder Judicial de la Nación y para la sociedad en su conjunto, el acatamiento de lo resuelto, alterando la aplicación del diseño legal que en cumplimiento del mandato constitucional, garantiza la división de poderes. Agrega que en el

caso existe identidad de objeto entre la medida cautelar dispuesta y la demanda, lo que torna abstracta la cuestión, vulnerándose el derecho de defensa de la OSPJN.

Expresa que no se advierte que la demandada haya incurrido en arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, presupuestos que resultan imprescindibles para detener el curso de la decisión adoptada por dicha autoridad, con el marco procesal de la vía del amparo. Expone, asimismo, que de la documentación aportada no se encuentra acreditada la existencia de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que justifiquen el dictado de la medida cautelar.

Por último, solicita la citación como tercero interesado de SIPSA, entidad financiadora que cubrió la cesárea. Hace reserva de Caso Federal.

III.- A mérito de la reseña que antecede, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si corresponde o no hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Obra Social demandada, a través del cual cuestiona la procedencia de la tutela concedida en la instancia de grado.

Atento lo expuesto, en primer término, corresponde señalar que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Así, en el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma, que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud, así en el párrafo 1 del art.

12 del Pacto, los Estados Partes reconocen «el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2 del art. 12 se indican, a título de ejemplo,

diversas «medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho».

Sobre el particular también se ha pronunciado nuestra CSJN al entender que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida -garantizado por la C. N.-, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos:323:1339 ; 329:4918 y disidencia de los Jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni en Fallos: 332:1346 , entre otros).

Asimismo, cabe resaltar que se encuentran en juego en las presentes actuaciones los derechos de los niños, los cuales se encuentran garantizados a través de numerosos Pactos Internacionales con jerarquía constitucional, que contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de aquellos, así como, el art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art.25, inc.2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts.4, inc.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.24, inc.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art.10, inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les debe asegurar (conf. Fallos 323:3229(ref:MJJ1457 6)). Particularmente, la Convención sobre Derechos del Niño, convertida en Ley 23.849.

A partir de lo dispuesto en los Tratados Internacionales, el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional-, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640 ; 329:4618).

IV.- Ahora bien, respecto a la cautelar que nos ocupa, corresponde remarcar que el día 30.04.2013 fue publicada en el Boletín Oficial la

Ley N° 26.854, con vigencia a partir del día 8 de mayo del 2013 (art. 2 C.C.), la que se circunscribe a la regulación de medidas cautelares en las que es parte el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

Entendemos al respecto que los requisitos de procedencia contenidos en la Ley 26.854 resultan aplicables a las acciones de amparo. Ello así, toda vez que las medidas cautelares no contienen regulación alguna en la Ley 16.986, por lo que en el marco de dicha acción se debe acudir a las prescripciones sobre el punto reguladas en el C.P.C.C.N. Ahora bien, dicho régimen -conforme el art. 18 de la ley- sólo resulta aplicable contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la ley de medidas cautelares. Por lo tanto, en definitiva, consideramos que con independencia del trámite de la causa, cualquier medida cautelar contra el Estado Nacional o entes descentralizados debe ser evaluada a la luz del nuevo régimen legal.

En este orden, el art. 14 de la ley 26.854 expresamente prescribe sobre las medidas positivas sosteniendo que: «. 1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acredite sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.».

Como puede advertirse, la norma impone el análisis de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que habrán de apreciarse en cada caso concreto. En este cometido, se evaluarán tales preceptos en forma acorde y en consonancia con la garantía de tutela judicial efectiva, entendida como un derecho fundamental consagrado como principio constitucional contemplado en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 de la C.N.). Entre ellos: la

Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.8 punto 1, y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.3 y 14.1), entre muchos otros. Dicha garantía anudada a la del debido proceso (art. 18 C.N.) aconsejan al operador jurídico extremar las posibilidades de interpretación en relación a la tutela cautelar, en un sentido que no desnaturalice el acceso a la jurisdicción; lo cual debe ser ponderado puntualmente en cada caso y según las circunstancias presentes en cada causa.

Asimismo, en el articulado de esta Ley 26.854 y más específicamente en lo referido al concepto de «verosimilitud del derecho», no ha variado en relación a lo que pacíficamente ha entendido la doctrina y la jurisprudencia con motivo de la interpretación del art. 230 del C.P.C.C.N. A tal efecto, se ha sostenido que la «verosimilitud del derecho» se traduce en la expresión latina «fumus bonis iuris» y se encuentra estrechamente ligada con la fundabilidad y razonabilidad de lo demandado. De allí que, la tarea del Juzgador debe restringirse a realizar «.un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en dicho proceso.» (PALACIO, Lino E. «Derecho Procesal Civil», T. VIII, pág. 32) y que según un cálculo de probabilidad sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.

En lo concerniente a la «verosimilitud del derecho» cabe tener en cuenta que constituye uno de los requisitos comunes a todas las cautelares y atañe a la apariencia que presenta el derecho invocado por el pretensor de la medida. Este recaudo se encuentra estrechamente ligado con la fundabilidad y razonabilidad de lo demandado, de modo que sea factible apreciar superficialmente la existencia del derecho en discusión.

No exige una probanza concluyente, la cual sólo puede lograrse en forma plena en la etapa del proceso pertinente, pero sí requiere que el peticionante acredite su derecho, aun someramente.

Al respecto, de la prueba arrimada a la causa surge que el señor A.S., M. y la señora S., N. A. son afiliados a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, según copias de carnets acompañados en la

causa. Asimismo, se adjuntan copias de los certificados de nacimiento de los niños suscriptos el día 20 de mayo de 2021 por la doctora Agustina Benítez y partidas de nacimientos de fecha 28 de mayo de 2021, de donde surgen que los niños E. A. S. y A. A. S. nacieron en el Sanatorio Allende Cerro, de esta Provincia, y que son hijos del matrimonio conformado por el señor M. I. A .S. y la señora N.

A. S. Por otra parte, constan las solicitudes de internación efectuadas por el doctor Luis Ahumada el día 21 de mayo de 2021- Especialista en Pediatría y Neonatología- de las que surgen que los niños deben quedar internados en la unidad de cuidado neonatales por el término de siete días, debido a su estado de salud.

En efecto, atendiendo a la documentación obrante en autos, entendemos – prima facie- y en lo que constituye el objeto de análisis en esta etapa procesal- acreditado el requisito legal de la «verosimilitud del derecho» ya aludido.

V.- En cuanto al requisito de «peligro en la demora» recordemos que el mismo se entiende como el temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta permanezca incumplida (C.N. Civ., Sala E, Rep. E.D., t. 17, p. 646, N° 15). A decir de Calamandrei, hay casos en que, de existir demora, el daño temido se transformará en daño efectivo. Dicho requisito aparece notorio en la presente causa, ya que de negarse a los amparistas la afiliación de sus hijos menores a la obra social demandada para poder obtener la cobertura del 100% de la internación, ello podría influir gravemente en su estado de salud, o en su mejora, poniendo en peligro su integridad física y evolución, determinando que la sentencia que resuelva en definitiva resulte ineficaz o de imposible ejecución. Cabe agregar que la prescripción médica de internación de los recién nacidos tuvo razón en que los mismos nacieron prematuros (34 semanas de gestación conforme certificados de nacimientos) y para resguardar su salud y vida, asimismo y en un momento de extrema vulnerabilidad, el profesional tratante consideró necesario y prudente su internación en UTI Neonatal.

En virtud de lo expuesto, se tiene por acreditado no sólo el peligro en la demora que pudiera acaecer en caso de incumplimiento de la Obra Social demandada, sino también el posible perjuicio que pudiera causar la falta de concesión de la tutela dispuesta, en función del estado de salud de los menores determinándose que lo requerido en autos resulta indispensable para atender su salud.

VI.- Asimismo, de acuerdo a los incisos d) y e) del artículo bajo análisis, tampoco se advierte que el otorgamiento de la precautoria en los términos dispuestos pueda traer aparejado un perjuicio real o inminente que importe una afectación al interés público, ni que produzca efectos materiales o jurídicos irreversibles.

VII.- En relación al agravio de la demandada referido a haberse expedido la precautoria sin el informe del art. 4 de la Ley 26.854, cabe destacar que en su art. 4.3 establece que las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art.2º, inciso 2, esto es, » se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud.» podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

VIII.- En cuanto al argumento respecto que la cautelar fue concedida sin haber incurrido en arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cabe poner de relieve, que la providencia apelada se circunscribe al dictado de una medida precautoria, por lo que el examen de los requisitos previstos en el art. 1 de la Ley 16.986 se realizará al momento de resolver el fondo de la cuestión debatida, no correspondiendo efectuar el mismo en esta instancia preliminar.

IX.- Por su parte, en cuanto al planteo referido a que el objeto de la cautelar coincide con el fondo de la cuestión y que el sentenciante al conceder la precautoria adelantó opinión; si bien para el dictado de una medida de este tipo debe presidir a su valoración un criterio particularmente cuidadoso y restrictivo, limitando la posibilidad que la cautela coincida con el fondo de lo pretendido, merece especial atención -como ocurre en la causa traída a estudio- los casos en que esté en peligro la vida, la salud o la integridad física de las personas y más aún, cuando se encuentre debidamente acreditada en las

actuaciones la existencia de circunstancias de extrema necesidad que justifica la tutela cautelar.

En relación a este punto, cabe traer a colación lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos «Seru Campos, Juan Ignacio c/ Staff Médico S.A. s/ Art.250 del Código Procesal – Incidente Civil» de fecha 26/05/11, en cuanto expresó:

«La circunstancia de que exista coincidencia entre el objeto de la cautela y el del pleito, no sólo no comporta de por sí un obstáculo para el dictado de una medida como la solicitada, sino que, como tal, se traduce en un anticipo de jurisdicción expresamente admitido en aquellos casos en los que, frente a la imposibilidad práctica de lograr de un modo inmediato la decisión sobre el fondo mismo de la controversia, existe fundado motivo para temer que los derechos que puedan reconocerse en una posterior sentencia, se tornen ilusorios o de imposible cumplimiento, con la consecuente producción de perjuicios de muy difícil o imposible reparación». Por ello, entiende este Tribunal que debe desestimarse el agravio esgrimido.

Por otra parte, debe agregarse que no se advierte -tal y como ha manifestado la demandada- que con la decisión cuestionada se altere el principio republicano de la división de poderes, produciendo graves consecuencias de índole institucional; ya que lo que ha realizado el Juez de grado, ejerciendo competencias que son propias, es analizar si en la causa se ha cumplido con el ordenamiento jurídico vigente, resguardando con ello derechos y principios fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales.

Dicha decisión fue dictada en claro ejercicio de las facultades propias del Poder Judicial.

X.- Finalmente, respecto a la solicitud de citación como tercero interesado de SIPSSA, debe ser desestimada en esta oportunidad por tratarse de un planteo que excede el marco de examen precautorio ya expuesto precedentemente y más adecuado para ser atendido en oportunidad de dictarse sentencia definitiva.

Es conveniente aclarar que el amparo se interpuso contra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, y que en el proveído impugnado el Juez de grado se limitó a adjudicarle obligación respecto de la cautelar dictada a la misma.

XI.- Por los fundamentos brindados y sin que lo antes expuesto en modo alguno implique adelanto de opinión sobre la cuestión de fondo planteada en la causa, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la representante legal del Estado Nacional – Obra Social del Poder Judicial de la Nación-, doctora María Leandra Cravero Piccione y confirmar la providencia dictada con fecha 26 de mayo de 2021 por el señor Juez Federal N° 3 de Córdoba, en todo lo que decide y ha sido motivo de agravios. Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (conf. art. 68, 2da. parte, del C.P.C.C.N.), difiriéndose las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad.

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4° del Reglamento Interno del Tribunal el cual establece «Art. 4°.- Para dictar sentencia cada Sala requerirá la concurrencia de todos sus miembros; sin embargo, en caso de vacancia, ausencia justificada u otro impedimento no menor de cinco días salvo aquellos asuntos con perentoriedad legal, podrá hacerlo con los dos miembros restantes si concordaren en la solución del caso.» , por encontrarse en uso de licencia, el señor Juez de Cámara, doctor IGNACIO M. VELEZ FUNES.-

Por ello; SE RESUELVE:

I) Confirmar el proveído de fecha 26 de mayo de 2021, dictado por el señor Juez Federal N° 3 de Córdoba, en todo lo que decide y ha sido motivo de agravios.

II) Imponer las costas de la Alzada en el orden causado (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.), difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad.

III) Protocolícese y hágase saber.

Cumplido, publíquese y siga la causa según su estado.

EDUARDO AVALOS

GRACIELA S. MONTESI

MIGUEL H. VILLANUEVA

SECRETARIO DE CÁMARA