



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. N°: FCR 4235/2019

Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2019.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "**Incidente N° 1 - ACTOR: O, V, P DEMANDADO: ASOCIACION DE OBRAS SOCIALES DE TRELEW S/INC APELACION**", en trámite ante esta Alzada bajo el N°4235/2019, provenientes del Juzgado Federal de Rawson N°1.

Y CONSIDERANDO:

I.- Llegan estos autos al acuerdo en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 102/137, contra la resolución de fs. 74/75, que rechaza la medida cautelar innovativa pretendida por el accionante en el marco de la acción de amparo incoada.

II.- La actora promueve la presente acción de amparo -fs. 24/62- contra la Asociación de Obras Sociales de Trelew (ADOS TRELEW), con el objeto que se declare procedente su reclamo y se decrete una medida cautelar innovativa ordenando a la demandada a reincorporar y/o mantener la afiliación del Sr. O y su grupo familiar en el mismo plan (sin limitaciones temporales ni presupuestarias) que tenían mientras este se desempeñaba en relación de dependencia, siendo que en la actualidad, reviste la categoría A del monotributo.

Funda su petición en el derecho constitucional a la salud, tratados internacionales, en las leyes 18.610, 18.980, 23660 y 23.661, inc. b del art. 8 ley 23.660 y Res. SSSalud N° 576/04.

En el marco de la presente litis el actor da cuenta de una situación personal y económica desfavorable, toda vez que perdió su trabajo el 17/01/2018, que ha cobrado su seguro de desempleo, y que finalizado este período, se inscribió en el régimen del monotributo social, en la actividad económica de reparación y mantenimiento de equipos informáticos (según surge de fs. 17).

Asimismo, relata que su familia está formada por su cónyuge P M L B, M Ia, hija de su pareja (de 18 años de edad) y dos hijos menores que tienen en común: I E O (de 7 años) y J B O (de 4 años). Ambos niños padecen Trastornos Específicos del Desarrollo, conforme lo acredita con los Certificados de Discapacidad obrantes a fs. 19 y 20, y que por lo tanto, deben recibir prestaciones de rehabilitación, educativas y de apoyo a la integración escolar.

Dicho esto, afirma el amparista que él y su grupo familiar eran afiliados a ADOS Trelew, y que como consecuencia de su distracto laboral y, vencido el término correspondiente al seguro de desempleo, la citada obra social les dio de baja unilateralmente.

En consecuencia, una vez inscripto en el régimen del monotributo, el Sr. O habría intentado infructuosamente registrarse en la obra social junto a su familia. A tal efecto, aduce haber completado el formulario optando por continuar con la afiliación del grupo familiar a la Asociación de Obras Sociales de Trelew - 603100 (fs. 17) ante la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Además, a fs. 27 expone que se dirigió a la sede de la obra social, y completó los trámites requeridos para ejercer su opción -a excepción de la firma en el libro rubricado-. Agrega que, la demandada no contestó las cartas documento enviadas donde se la intimaba a que proceda a mantener la afiliación del grupo familiar (fs. 1/3).

Ante el silencio de la obra social, inicia la presente acción y solicita además se dicte medida cautelar innovativa a fin de que se ordene judicialmente a ADOS Trelew, la reafiliación del grupo familiar en su carácter de monotributista al mismo plan que tenía y a las prestaciones con las que siempre contó, consistentes en: tratamientos periódicos, revisiones mensuales y/o chequeos cuando el médico tratante lo indique, sin limitaciones presupuestarias ni temporales.

En sustento de la medida cautelar que peticiona, aduce que su situación económica es precaria, que no puede hacer frente a los abultados gastos de salud que eventualmente requiera él y/o su familia mientras se arriba a una decisión definitiva. En este aspecto, recalca especialmente la situación de sus hijos menores quienes atento la discapacidad que padecen necesitan continuar con los tratamientos y atención médica que venían recibiendo y que han visto interrumpidos, poniendo en riesgo su salud.

III.- Para denegar la concesión de la medida provisional solicitada, el a quo advierte que no se ha configurado el "peligro en la demora", requisito ineludible para su dictado, es decir, no se ha establecido un temor fundado de que el derecho pueda malograrse durante la sustanciación del proceso. Considera insuficiente la aprehensión o ansiedad expresada por el progenitor, siendo que el peligro en la demora debe acreditarse de manera concreta y objetiva.

Por otra parte, destacó el sentenciante de grado que no se encuentran especificados y mucho menos acreditados los tratamientos médicos en curso que se hubieran visto suspendidos o que fueren denegados, como tampoco, que existan prescripciones médicas insatisfechas. Tampoco que se encuentren documentados los desembolsos dinerarios para afrontar costos médicos a los que hace referencia el actor, ni elementos que den cuenta del estado de salud de los miembros de la familia, alguna





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. N°: FCR 4235/2019

dolencia concreta y/o tratamiento que pudiera verse interrumpido.

Con respecto al requisito de "verosimilitud del derecho" entiende que, de las constancias de autos, no queda acreditada la afiliación histórica del Sr. O a la obra social demandada, y/o que haya realizado los trámites pertinentes para obtener el mantenimiento de la afiliación que solicita. En este aspecto, resalta que el formulario obrante a fs. 17 pertenece a la Anses, ya que fue suscripto en la sede del organismo previsional, vinculado a otro trámite referido al monotributo. Advierte además, la falta de constancia del procedimiento administrativo presentado ante el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y del pedido de alta en la obra social elegida. Finalmente, destaca la ausencia de comprobantes de pago del monotributo.

En base a estos argumentos, el a quo entendió que no se hallaban configurados el peligro en la demora ni la verosimilitud del derecho que justifiquen la concesión de la medida cautelar solicitada.

IV.- A fs. 102/137 interpone recurso de apelación la actora, quien critica la resolución en crisis en cuanto rechaza la medida precautoria solicitada.

En ese aspecto, reprocha la postura del juez quien, a su juicio, malinterpreta lo expresado en relación a las sumas excesivas que demanda la atención de sus hijos, explicando que no está en condiciones económicas de abonar facturas costosas para afrontar los gastos médicos ante una eventual urgencia. Argumenta que siendo monotributista no tiene la posibilidad económica de sufragar los tratamientos que indiquen los médicos tratantes quienes poseen las historias clínicas de sus hijos.

Asimismo se agravia de que el sentenciante no encuentre acabadamente configurado el "peligro en la demora" el que derivaría -a su criterio- de las circunstancias expuestas en autos, siendo que en la actualidad la familia se encuentra sin seguro médico.

Con respecto a la verosimilitud del derecho reitera el actor que él y su familia eran afiliados de la obra social demandada, y que luego del distracto laboral y la finalización del período de desempleo, es decir, cuando intentó mantener dicha afiliación como monotributista no recibió respuesta; siendo expulsados de la obra social el actor y su familia.

En relación a este punto, critica las consideraciones efectuadas en la sentencia de grado con respecto a que el formulario de opción de obra social presentado, no era el correcto, trámite que, afirma es

ajeno a la competencia del magistrado. Así, relata que concurrió con su familia a la ANSeS, y allí se le proporcionó el formulario que acompaña en esta presentación, donde consta la "opción de obra social".

Remarca que dicho documento fue suscripto y certificado por la autoridad competente del organismo previsional; luego, afirma haber concurrido a la obra social en cuestión donde se le denegó la afiliación, lo que motivó el envío de dos cartas documento a ADOS, las que no recibieron respuesta. Es por ello que señala, que denegar el derecho aquí solicitado en base al formulario constituye un excesivo rigorismo formal.

Por último, adjunta comprobantes de pago del monotributo, en respuesta a las consideraciones vertidas por el a quo con relación a la falta de constancias al respecto.

Entiende que el derecho que le asiste ha quedado acreditado con los documentos de identidad de los integrantes de la familia, partidas de nacimiento, certificado de discapacidad, telegrama de despido, formulario ANSES de opción de obra social, y comprobante de pago a la AFIP. En este aspecto probatorio, explica que no tiene carnet de ADOS porque ésta no los provee, sino que se maneja con el documento de identidad de los afiliados.

En punto al peligro en la demora afirma que, a su juicio, se configura en el inminente perjuicio que puede sufrir el actor y su grupo familiar, especialmente los hijos menores, al ser privados de las prestaciones de salud, médicas, asistenciales, sociales, etc., lo que termina por agravar el cuadro crítico en el que se encuentran los niños, quienes en este momento no reciben tratamiento médico.

Invoca leyes y tratados internacionales de rango constitucional, y cita precedentes judiciales en sustento de su postura.

V.- Elevados los autos a esta instancia, se corre vista al Ministerio Pupilar, quien a fs. 142/vta., se pronuncia a favor de la concesión de la medida cautelar solicitada por los argumentos que esgrime.

VI.- Puestos los autos a resolver, y si bien se advierte que la medida cautelar solicitada guarda identidad con el objeto de la acción principal, merecerá un análisis exhaustivo de los recaudos para su procedencia, pues ello no obsta a su concesión cuando circunstancias graves e irreparables justifican tal adelantamiento de jurisdicción.

En ese contexto diremos, que para hacer lugar a la medida cautelar innovativa, consistente en que ADOS Trelew proceda a afiliarse o reafiliarse al actor y a





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. N°: FCR 4235/2019

su familia, deben hallarse configurados el *fumus bonis iuris* -o humo de buen derecho- y el *periculum in mora* - peligro en la demora-, sumado a la eventualidad de que pudiese causarse un daño de imposible reparación ulterior, es decir, que aunque el actor vea reconocido su derecho mediante una sentencia definitiva, ésta resulte ineficaz.

Dicho esto, y previo a referirnos a la "verosimilitud del derecho", merituamos conforme lo afirma el actor, que éste (y su grupo familiar) fueron afiliados de la obra social demandada mientras se desempeñaba en relación de dependencia - conforme planilla de la SSSalud obrante a fs. 76/78- y que, acaecido su distracto laboral y luego de finalizado el período de desempleo que data del 31/01/2019, tanto él como su familia fueron dados de baja.

Asimismo, al entablar la presente acción de amparo el Sr. O relata que se inscribió en el régimen simplificado para pequeños contribuyentes ante la AFIP y ejerció su opción de obra social a favor de ADOS. A tal efecto, afirma haber cumplimentado los requisitos del art. 40, inc. c) de la ley 25.865 conforme la resolución 576/04 art. 12 del SSSalud y presentado el formulario suscripto ante la Anses en la sede de ADOS. Explica en su relato que sólo le quedó por suscribir el libro rubricado ante la obra social porque esta le denegó de antemano su afiliación.

De los argumentos expresados por la parte recurrente y del examen de las constancias incorporadas en autos, se observa que efectivamente el actor es monotributista categoría A (fs. 18), que ha realizado los pagos correspondientes del monotributo Obra Social (79/80), y que la Asociación de Obras Sociales de Trelew (ADOS) se encuentra inscripta en la SSSalud en el Régimen de Monotributo bajo el RNos 6-0310-0. Y además, consta en el formulario obrante a fs. 17 suscripto ante el Anses, que el actor ha ejercido su derecho de elección de obra social al momento de inscribirse al régimen del monotributo a favor de ADOS.

Para denegar la medida provisional solicitada, el magistrado de grado concluyó que el formulario del Anses no reunía los requisitos exigidos por la norma citada por el recurrente, ya que no sería el formulario a que hace referencia la Resolución 576/04 de la superintendencia de Servicios de Salud. Ahora bien, del minucioso examen de la citada norma, se desprende que el formulario individualizado estaría orientado -prima facie- al supuesto de "Opción de Cambio de Obra Social" y no al supuesto de elección de obra social que es lo que pretende el amparista.

En refuerzo de esta postura, a fs. 1/3, obran las Cartas Documento cursadas a la obra social,

en donde el Sr. V P O le informa a ADOS su elección de obra social, reclamándole la afiliación pertinente bajo el régimen de Monotributo de todo el grupo familiar. En esta oportunidad, hace especial hincapié en el estado de salud de sus hijos menores, y la necesidad de continuar con sus tratamientos. Si bien estas epístolas fueron recibidas por la demandada, afirma el actor no haber recibido respuesta alguna.

A los efectos de resolver la presente contienda, debe ponderarse que se encuentra comprometido el derecho a la salud de todo un grupo familiar, y en especial, los tratamientos médicos de dos menores, Ismael Enrique O de 7 años de edad quien padece de "trastorno específico de la función motriz trastornos hiperkinéticos" y Juan Bautista O de 4 años de edad quien fue diagnosticado con "trastornos específicos mixtos del desarrollo", condición que acreditan mediante certificado de Discapacidad extendido por la Secretaria de Salud del Chubut, fs. 19/20. Atento la discapacidad que padecen, es razonable suponer que ambos requieren de tratamientos continuos de rehabilitación, prestaciones educativas, y servicio de apoyo a la integración escolar, así como, revisiones médicas periódicas.

Del examen de las circunstancias de autos consideramos que el derecho a la salud no puede ser postergado por cuestiones formales y trámites burocráticos que exceden la esfera del actor quien se encuentra abonando mensualmente el tributo correspondiente, el cual específicamente incluye el pago del concepto obra social.

En este estadio cautelar, disentimos con el magistrado de grado, fundamentalmente en tanto concluye de forma apresurada que el actor no cumplimentó el procedimiento requerido para ejercer su derecho de elección de obra social, siendo que en realidad no surge palmario que el trámite iniciado por el actor no reuniese los requisitos y/o documentación necesaria por las leyes y/o normas que lo reglamenten para la compleción de la elección de su obra social. El silencio de la obra social frente a las intimaciones cursadas avala tal postura.

Dicho lo anterior, meritamos que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; además el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad ("La Ley" 1996-C-434).

En el mismo sentido, en el análisis de los recaudos exigidos por el art. 230 CPCCN, cabe recordar que los mismos aparecen de tal modo entrelazados que a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expte. N°: FCR 4235/2019

en la apreciación del peligro del daño y viceversa ("La Ley" 1996-B-732) y que cuando existe el rigor de un daño extremo e irreparable, el riesgo del fumus puede atemperarse ("La Ley" 1999-A-142).

Ahora bien, el "peligro en la demora", entendido éste como la existencia de un riesgo concreto de que pueda acaecer un daño cuyas consecuencias no puedan ser subsanadas por una sentencia posterior, queda configurado simplemente por la privación del grupo familiar del derecho a una obra social. En este aspecto, los hijos menores del actor merecen especial consideración, toda vez que la interrupción -o falta- de las prestaciones tendientes a su rehabilitación indudablemente traerá consecuencias disvaliosas en la evolución de su estado de salud.

Esta conclusión se sustenta en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto: "la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda; con lo cual, la consideración primordial de aquel interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional; con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado, con acciones positivas.." (Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 326:4931; 327:2127 y 2413; 328:1708; 329:2552, entre otros).

Previo a finalizar, recordamos que el derecho a la salud, y en especial cuando se trata de discapacidades, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, como conjunto trascendente de derechos, que están reconocidos en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22). Y este derecho, sólo resultará adecuadamente tutelado, si la cobertura médica es oportuna, sin dilaciones administrativas que excedan el plazo razonable, toda vez que, el tratamiento temprano y oportuno de las discapacidades potencia las chances de gozar de una mejor calidad de vida, tanto en el presente como en el futuro.

En razón de lo antes dicho, el pronunciamiento de la anterior instancia será revocado, y se hará lugar a la medida cautelar solicitada previa caución juratoria prestada en el Juzgado de origen.

Por todo lo expuesto, el Tribunal
RESUELVE:

REVOCAR la sentencia interlocutoria de fs. 74/75 y CONCEDER la medida cautelar solicitada conforme los considerandos precedentes, sin costas.

No suscribe la presente el Dr. Javier M. Leal de Ibarra por hallarse en comisión en la ciudad de Río Gallegos en carácter de Juez Federal Subrogante.

Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

ALDO E. SUÁREZ

HEBE L. CORCHUELO DE HUBERMAN

FECHA DE REGISTRO:/...../2019
REGISTRO N°..... Tomo Folio
del Libro de Sentencias Interlocutorias Civil. CONSTE.-

CLAUDIA S. VALCHEFF
Secretaria

