

Registro N° 155/2013

Fojas 804/07

En la ciudad de Pergamino, el 02 de diciembre de 2013, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en los autos N° **1983-13** caratulados **"ZARA, DARIO Y OTROS EN REPRESENTACION DE E. Z. C/ SWISS MEDICAL S. A. S/ AMPARO"**, Expte N° 30744 del Juzgado de Paz Letrado de Colón, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden **Roberto Manuel DEGLEUE, Graciela H. SCARAFFIA y Hugo Alberto LEVATO**, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **PRIMERA CUESTION** el señor Juez Roberto Manuel DEGLEUE, dijo:

El juzgador primero concedió la medida cautelar requerida por la amparista ordenando a la obra social Swiss Medical S.A. provea a la

amparista elementos ortopédicos así como las prestaciones que prescriban los médicos para tratar la patología que la misa presenta -cuadriplejía fláccida-.

Lo decidido originó el recurso de apelación de la demandada (fs.56/70), concedido en relación (fs.71), fundado en el acto de su interposición (fs.75/8).-

Manifiesta la quejosa que la medida dispuesta configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa, implicando de alguna manera haber dictado sentencia sin haberse cumplimentado las pruebas suficientes ni los pasos procesales para su dictado.

Afirma que no existe verosimilitud en el derecho, en virtud de que su parte resolvió el contrato del señor Darío Zara -padre de la menor- en tiempo y forma por culpa exclusiva de este último, al tomar conocimiento de las omisiones en que el mismo al confeccionar el 1/3/13 la declaración jurada de enfermedades, internaciones, operaciones y accidentes anteriores a la asociación. Explica que la declaración jurada constituye un recaudo exigido por la obra social prepaga para el ingreso de afiliados y que en este caso la obra social aceptó la afiliación del grupo familiar en virtud de lo declarado por el Sr. Zara, y su ingreso se hizo efectivo el 11/3/13. Pero que su parte pronto tomó conocimiento de las omisiones efectuadas por el mencionado señor Zara al quedar evidenciadas las mismas, en las solicitudes de prestaciones médicas requeridas por el Dr. Mauricio Naboni, que la niña E.Z. posee desde su nacimiento falta de fuerza muscular en 4

miembros sobre todo a nivel postural (cintura escapular y pelviana), no logrando bipedestación. Afirma que la omisión señalada también se colige del diagnóstico emergente del certificado de discapacidad presentado con posterioridad al ingreso al sistema de medicina prepaga: cuadriplejía inespecífica. Aclarando que el afiliado sabía que cualquier falsedad omisión o inexactitud en la declaración jurada invalidaría su condición de asociado. Y que de haber conocido las condiciones la entidad no habría aceptado la oferta de contratación o hubiera requerido estudios ampliatorios a fin de evaluar el caso. Cita jurisprudencia y derecho.

Finalmente, señala que erogación que hubiere debido afrontar la obra social sería de imposible recupero, pues sólo se ha ordenado una contracautela juratoria, solicita la fijación de una caución real, proporcional a lo petitionado por la amparista.

Tiene dicho invariablemente el Tribunal (causa C-5450/05, entre otras), que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas sino que sirven a un proceso principal, siendo su objeto el disipar un temor de daño inminente sobre la base de la verosimilitud del derecho y peligro en la demora en que se sustenta el reclamo (arts. 195, 198, 202 y ccs. del CPCC.).-

Los fundamentos vertidos por la demandada en su memorial que refieren a los derechos debatidos en autos, y hacen al fondo de la cuestión, no pueden ser abordados por esta Alzada atento el estado de la causa. Es que la verosimilitud del derecho es sólo un juicio de probabilidad de la

existencia del derecho que intenta hacerse valer en el proceso o la apariencia de buen derecho -"*fumus bonis juris*"-, pues sólo se responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico. La certeza de la existencia de los derechos invocados sólo podrá ser determinada al agotarse el trámite respectivo. Considerar acreditada su verosimilitud no importa adelantar opinión sobre el fondo del asunto ni prejuzgar sobre su efectiva existencia, de otro modo carecería de sentido proseguir la tramitación del principal pues sobre la pretensión ya articulada se habría obtenido pronunciamiento. Sólo se requiere una sumaria acreditación de la apariencia de verdadero derecho y la necesidad de su tutela anticipada.-

Examinadas las constancias del trámite el primero de los recaudos referidos aparece suficientemente acreditado desde que los accionantes han fundado su pretensión en un principio de raigambre constitucional como lo es el derecho a la salud (arts. 12 inc. 3, 36 inc. 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3, 8 y 25; Pacto internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 12 incs. 1 y 2, apartado d), Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1/4, 23 y 24; Leyes nacionales Nº 26.061 (Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes) y Nº 24.901 (Sistema de Prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad), y Ley provincial Nº 13.298 de la promoción y

protección integral de los derechos de los niños.-

Aún cuando no se halle acreditada la autenticidad de los instrumentos privados que corren agregados en autos, la documental glosada por los mismos permite tener por comprobada, con el grado de certeza exigible a esta altura de autos, que la amparista es una niña de dos años de edad según emerge de la copia de su certificado de nacimiento en el cual consta que nació el 02/11/11 (fs. 7), así como la afiliación de la misma a la obra social demandada en fecha 1/3/13 (ver fotocopias de certificado de cobertura de fs. 8 y carnet de fs.4), y la intimación cursada por sus progenitores a Swiss Medical S.A., requiriendo cobertura integral de tratamiento médico de su hija el 6/9/13 y el 12/9/13 (fs. 15/17), así las respuestas brindadas por la obra social y la rescisión del contrato por esta última (fs. 11/13). El certificado emitido por la Junta Evaluadora de la Discapacidad de Colón de fecha 9/5/13, cuya fotocopia obra a fs. 18, los certificados médicos en copia obrantes a fs. 1/2, y en original de fs. 3, recibo extendido por profesional médico de fs. 5, Informe de patología de fs. 9/10, presupuesto de fs. 6, permiten tener suficientemente acreditado con el grado de certeza exigible a esta altura del proceso la dolencia que aqueja a la menor -cuadriplejía fláccida-, y la conveniencia de la oportuna realización del tratamiento que se le ha prescripto.

En cuanto al peligro en la demora, los certificados médicos allegados a la causa dan cuenta de la necesidad de realizar dicho tratamiento, siendo público y notorio que, hallándose comprometido el

sistema neurológico de un menor de tan corta edad, dada la etapa de su crecimiento, la inobservancia de una oportuna y adecuada rehabilitación neuromotriz puede impedir la posibilidad de curar o mejorar su patología, e incluso transformar en lesiones irreversibles aquellas que no lo fuesen, pudiendo así provocar retrasos madurativos, lo cual indudablemente ocasionaría graves perjuicios a la niña, afectando su vida de relación y sus futuras posibilidades laborales. Ello deja fuera de toda duda razonable la impostergable necesidad de estimulación neuromotriz del menor mediante los tratamientos de rehabilitación que se prescriban, contando con los aparatos ortopédicos adecuados que permitan la máxima efectividad de la terapia (cfr. CAP causa N° 135, RSI N° 35/09 DEL 7/5/09).

En atención al objeto de la medida cautelar y la entidad de los derechos comprometidos, aparece prudente confirmar la caución juratoria de los progenitores de la menor de responder por los daños y perjuicios que ocasionare la medida en caso de haberla solicitado sin derecho (art. 199 CPCC).-

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

VOTO POR LA AFIRMATIVA.-

A la misma cuestión los Sres. Jueces Graciela SCARAFFIA y Hugo Alberto LEVATO, por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

A la **SEGUNDA CUESTION** el señor Juez Roberto Manuel

DEGLEUE, dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Rechazar el recurso interpuesto y confirmar el decisorio apelado.

Con costas a la apelante vencida (arts. 68/9 CPCC).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión los Sres. Jueces Graciela SCARAFFIA y Hugo Alberto LEVATO, por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

SENTENCIA:

Rechazar el recurso interpuesto y confirmar el decisorio apelado.

Con costas a la apelante vencida (arts. 68/9 CPCC).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

Roberto M. DEGLEUE
Presidente
Excma. Cámara de Apelación
en lo Civil y Comercial
Dpto. Jud. Pergamino

Hugo Alberto LEVATO
Juez

Graciela SCARAFFIA
Jueza

Stella Maris ALBANI
Secretaria