

Accion De Amparo Obra Social Cobertura De Gastos Por Traslado

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Obra social. Cobertura de gastos por traslado

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta contra la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, condenándola a cubrir el gasto que demande la derivación del accionante y un acompañante al Hospital Italiano de la Ciudad de Buenos Aires para realizar los controles pertinentes sobre la afección que padece. En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 09 días del mes de abril de 2018, reunidos los señores jueces y la actuario de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones provincial con asiento en esta ciudad, para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos N° 21081 provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 Distrito Judicial Sur, en los autos caratulados: ?ARAVENA, José Alberto c/ OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO s/ AMPARO s/ INCIDENTE DE APELACIÓN?, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 8617/18, se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art.47.2 del CPCC): 1.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo: I.- Llegan a estudio las presentes actuaciones, pretendiendo la revisión de la sentencia de primera instancia que luce por fojas 62/77, que hizo lugar a la acción de amparo incoada por la actora y en consecuencia condenó a la demandada a cubrir el cien por cien (100%) del gasto que su derivación y la de un acompañante demande, como así también todas aquellas que resulten necesarias conforme las prescripciones médicas debidamente documentadas; al Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires. Asimismo, hizo saber al actor que deberá programar los turnos e informarlos a la obra social con la debida antelación. El a quo impuso las costas del proceso a la Obra Social de la provincia de Tierra del Fuego y reguló los honorarios de la doctora María Guillermina Sánchez Menú en la suma de \$ 10.000, mientras que los honorarios de los doctores Sebastián Eduardo Rodríguez y Hugo Gastón Martinco en forma conjunta en la suma de \$ 2500. II.- Contra el resolutorio del colega de la anterior instancia acude la parte demandada e interpone recurso de apelación conforme los argumentos que vierte a fojas 89/98 de estos actuados a cuyos expresos fundamentos me remito en honor a la brevedad (conf. art 16 LOPJ). En síntesis la accionada hilvana la queja de la siguiente manera: Se afronta en primer orden de que el a quo se apartara de lo dispuesto en la ley provincial 1190, que en lo pertinente ratifica lo ya dispuesto en la ley 1068 de emergencia previsional en cuanto a la imposición de costas, debiéndose aplicar el principio dispuesto en las normativas referidas en cuanto las costas deben ser impuestas por el orden causado cuando sea la obra social provincial demandada. Cita fallo del STJ local sobre la materia. Se queja de que el a quo impusiera las costas a la accionada sustentando su decisión en la cantidad de litigios existentes contra la obra social. En este sentido manifiesta que de los 26.000 afiliados que tiene el organismo en la ciudad de Ushuaia, en el el 2017 se tramitaron aproximadamente 20 amparos solamente, lo que representa el 0,076%, lo que enerva el argumento del sentenciante. Se agravia de que el fallo de grado sea dogmático, con cita de normativas constitucionales y convencionales de manera general, sin adentrarse al caso concreto. Afirma que la pretensión de derivación del amparista a centro de mayor complejidad para su atención médica nunca ha sido negada por la obra social sino que ha quedado condicionada a la eventual falta de capacidad instalada para atender su patología. Hace referencia al dictamen de la Auditoría Médica en cuanto a que la derivación se tornaría procedente para el caso de que el tratamiento no puede ser llevado a cabo en la provincia. Se afronta en cuanto el fallo de grado establece una condena a futuro, toda vez que impone a la accionada de manera anticipada y sin fundamento técnico alguno, la obligación de cubrir un tratamiento en otra jurisdicción, amén de si existe la capacidad en la provincia. Afirma que debe hacerse foco en la prestación y no así en el prestador. Cita jurisprudencia y doctrina. Afirma que, lo resuelto por el a quo, priva a la obra social de ejercer aquellas facultades de control y dirección que le son propias. Se agravia de que tampoco surge acreditado en autos que el accionante deba viajar con un acompañante, sin perjuicio de ello así lo ha resuelto el a quo. III.- Corrido oportunamente el traslado de ley, sin que fuera evacuado por la parte actora, pasan los autos a resolver a esta Alzada. IV.- Adelanto, en orden a la cuestión traída a conocimiento de esta instancia revisora que rechazaré el remedio recursivo esgrimido por la demandada con los alcances que infra refiero. Recordemos pues, que en la labor de resolver la cuestión controvertida la competencia de esta Sala, se vincula con decidir si los agravios esgrimidos por el apelante tienen entidad para derrumbar los argumentos que motivan el dictado del decisorio que luce por fojas 62/77. V.- Corresponde ahora tratar los agravios esgrimidos por el quejoso. V.1.- Liminarmente, debo recordar lo que he dicho en precedentes anteriores acerca de las acciones de amparo relativas a la salud. En aquellos casos expresé: ?I. Conforme lo expresé en varios precedentes resueltos en esta alzada, en el caso ?Fuhr? fijé mi posición frente al amparo. En tal ocasión, para poner fin a la falta de acuerdo entre los distinguidos magistrados que integran esta sala sostuve: «Liminarmente debo referir que de antaño adhiero a la opinión doctrinaria, que se pronuncia por concebir a la acción de amparo como reservada para delicadas y extremas situaciones en las que,

por ausencia de otros remedios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales (CSJN, 7/3/85, LL 1985-C-140; íd., fallos, 303:422; 306:1253). Es que, el amparo judicial, concebido en forma pretoriana con el caso "Siri Ángel" de nuestra alto Tribunal federal, dictado el 27 de diciembre de 1957 (véase CSJN Fallo 239:459), generó una herramienta procesal basada en la necesidad de brindar al ordenamiento jurídico local un medio para tutelar derechos y garantías constitucionales. Acreditado que la libertad de imprenta y de trabajo se encontraban frustradas de manera injustificada, bastaba para que la garantía constitucional sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente? ello al sostener que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas?. Apenas ocho meses bastaron, para que un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema, ampliara los alcances del amparo, nacido del precedente referido. Así el 5 de septiembre de 1958, el alto tribunal dicta sentencia en autos Kot Samuel Federico (véase CSJN Fallo 241:291), extendiendo la tutela no sólo a actos u omisiones causadas por el poder público, sino también a las provocadas por los particulares. Al respecto sostuvo la Corte que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos -porque son los derechos esenciales del hombre- este circumscripita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada -que es desde luego, el hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etcétera- por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o grupos organizados de individuos [...] Siempre que aparezca, en consecuencia de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas [...] (las negritas me corresponden). Sigue diciendo Masciotra, que el máximo tribunal, en los autos mentados, sugiere una guía rectora para los magistrados: Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios? (CSJN Fallo 241:291). Por cierto que, a través de estos dos precedentes, la Corte cubrió un gran vacío en el orden institucional, en cuanto a la tutela de los derechos constitucionales gestando un arma poderosa para la defensa de las libertades individuales consagradas en la Carta Magna. Por casi medio siglo -ley reglamentaria mediante y, reforma constitucional que acoge al amparo con rango constitucional-, nuestro cimero tribunal fue estableciendo los perfiles de esta garantía constitucional, a veces restringiendo su uso ante la existencia de otras vías más aptas, otras como en la última década transformándola en un instrumento de uso corriente para salvaguardia de derechos individuales. Ello explica porque, la razón de ser del amparo no consiste en someter a la supervisión jurisdiccional, el desenvolvimiento de los entes u órganos estatales o particulares, ni el control del acierto o error conque ellos desarrollan las funciones que la ley determina, sino la de generar una vía efectiva, idónea, oportuna para contrarrestar especiales notas de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta contenidas en actos emanados de autoridades públicas u operadores del ámbito privado, con entidad para lesionar derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o la ley (cfr. CSJN Fallos 296:527 a 533). Coincido con el voto de la estimada colega cuando sostiene que en términos generales, las pautas de admisibilidad del amparo no han variado con el actual texto del art. 43 de la Constitución federal. Por ello, la condición "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo" (véase art. 43 Const. Nac.), obliga a prevenir que, como principio, los procesos ordinarios son generalmente más aptos que el acotado trámite del amparo para tutelar el derecho afectado, desde el momento que en ellos, se estudia todo tipo de lesión, al margen de su carácter manifiestamente arbitrario o ilegítimo, con su aparato probatorio más amplio que el de la acción sumarísima del amparo, en el cual, por su naturaleza comprimida, se limitan o restringen ciertos instrumentos o medios de prueba 4. En un pasaje de su elaborado y meticuloso voto, el distinguido doctor Francisco Justo de la Torre, trae a la memoria, el parecer del Presidente de la Convención Constituyente de 1994, calificando al amparo como un remedio ya no más de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario?. Empero, soy de la opinión que en todo proceso de formación y sanción de las normas -sean estas, ordenanzas, leyes provinciales o nacionales, o como en el caso que nos ocupa, artículos de la constitución etc.-, es razonable priorizar, el juicio de quien ha presidido la comisión de trabajo específica, que dio vida al actual artículo 43 de la ley fundamental y, a la postre, ofició como expositor en representación de la mayoría, ello en al ámbito del recinto de sesiones. Y digo, priorizar, justamente para dar preeminencia a una voz más técnica que política, como la citada, del Presidente de la Convención reformadora.

Va de suyo, entonces, que nuestra posición se entronca con los claros conceptos desarrollados por el miembro informante que en la Convención Constituyente, incorporó a partir de 1994 la acción de amparo al texto formal de nuestra ley máxima. En efecto, dijo entonces el convencional Díaz, fundando el despacho de la mayoría, que "el remedio singular del amparo está reservado sólo a las

delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales, peligra la salvaguardia de los derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción", para manifestar en seguida su acuerdo con la doctrina judicial según la cual "la acción de amparo constituye una vía excepcional cuya procedencia queda condicionada a la inexistencia de otro remedio judicial o administrativo". En igual sentido se pronuncia el profesor Néstor Sagüés, cuando, sobre la base de lo expuesto por el Convencional referido, sostiene que el amparo no es una vía principal u ordinaria sino supletoria, señalando también la inflación, y consecuente desvalorización, del número de amparos que produciría la tesis contraria, no querida y rechazada por los constituyentes. Abonando nuestro pensamiento coincidimos con el maestro Belluscio en que "[...] ha de tenerse en cuenta que por más que el amparo sea el procedimiento más expeditivo y rápido puede no ser conveniente para el afectado, pues la limitación probatoria que implica puede conducir a un resultado desastroso para él si no logra poner de manifiesto la arbitrariedad o ilegalidad que lo afectan [...] Por otra parte, es preciso evitar que el amparo se "ordinarice" mediante la introducción del diligenciamiento de pruebas que demoren largo tiempo o la admisión de debates propios de un proceso de mayor complejidad. Se trata de una medida urgente que debe ser decidida si no en horas, al menos en días, pero no en años y transitando innumerables instancias. La experiencia judicial muestra, sin embargo, que en numerosos casos los procesos de amparo se tramitan durante varios años, lo que los desnaturaliza y pone de manifiesto que se ha seguido una vía inadecuada. Si la decisión no se obtiene rápidamente el amparo no merece el nombre de tal; para ello es necesario un cuidadoso y prudente examen inicial de la vía elegida a fin de determinar si es en realidad la vía más idónea para el reconocimiento del derecho invocado o si el requirente debe acudir a otra que lo sea en realidad?.

En rigor debemos admitir, sin temor a equivocarnos, que la discusión de los principales actores del derecho acerca del carácter como remedio de excepción u ordinario de la acción de amparo, a más de diez años de la reforma constitucional, no parece estar del todo zanjada, y sostenemos que la jurisprudencia de nuestra Corte federal, a pesar de haber adoptado definiciones claras sobre los principales aspectos de la figura, presenta matices interesantes que alientan tanto a una como a otra postura. Aquí, entonces, el criterio del juzgador, debe inclinar el fiel de la balanza, conforme las circunstancias del caso -apreciadas a la luz de las reglas de la sana crítica- permitan discernir que se afectan o no con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos fundamentales (situación que parece abordar el voto del doctor de la Torre). También al referirme al tema de la arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta interé junto a mi distinguida colega doctora Martín, que la valoración que efectuaba en ?Furh?, lo fue al sólo hecho de descartar, la utilización de la vía extraordinaria, por no advertir la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, ello con el acotado marco cognoscitivo que este proceso otorga. Concluí con Belluscio 8, que la arbitrariedad o ilegalidad imputada al acto atacado debe resultar manifiesta, es decir, debe surgir nítidamente de los datos arrojados al juicio, o bien poder ser acreditada mediante prueba simple o sencilla. ?La inadmisibilidad del amparo cuando no se presenta aquel carácter no ha variado con la reforma constitucional, ya que está excluido cuando por las circunstancias del caso se requiere mayor debate y prueba?. En autos mi posición doctrinaria frente al amparo, y respecto de la materia fondal aquí ventilada, se emparenta hasta coincidir, con el voto del magistrado que opinara en primer término. Por ello, dejando a salvo la consideración que me merece el trabajo elaborado por el vocal doctor Francisco Justo de la Torre, adhiero en un todo al voto de la doctora Josefa Haydé Martín (art. 178 CPCC)». II.- Hasta aquí dejé sentado mi criterio respecto al remedio heroico. A continuación en los autos caratulados ?Raimbault Manuel s/ acción de amparo? (Expte. 4275 resuelto el 5/12/06 sentencia definitiva n° 122/06) sostuve que "[...] En rigor debemos admitir, sin temor a equivocarnos, que la discusión de los principales actores del derecho acerca del carácter como remedio de excepción u ordinario de la acción de amparo, a más de diez años de la reforma constitucional, no parece estar del todo zanjada, y sostenemos que la jurisprudencia de nuestra Corte federal, a pesar de haber adoptado definiciones claras sobre los principales aspectos de la figura, presenta matices interesantes que alientan tanto a una como a otra postura. Aquí, entonces, el criterio del juzgador, debe inclinar el fiel de la balanza, conforme las circunstancias del caso -apreciadas a la luz de las reglas de la sana crítica- en tanto permitan discernir que se afectan o no con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos fundamentales, o si, como en autos, dada la trascendencia que para la ciudadanía de la Provincia ostenta la temática que nos convoca, se justifica la apertura de la instancia sumarísima. Por tanto, pese al criterio restrictivo que este vocal pregona en relación a la apertura de la vía sumarísima, he de coincidir con la señora juez preopinante en llevar adelante el desarrollo del amparo [...]?. Igual temperamento he de adoptar en estos actuados dada la importancia que le atribuyo a las cuestiones aquí debatidas a la luz de la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia en el precedente ?Fuchs versus IPAUSS?. En aquella oportunidad la más alta instancia local dijo: «En virtud de la trascendencia del derecho a la salud como inherente a la condición humana, debo señalar que en el sub iudice el análisis debe centrarse, ineludiblemente, en establecer si el tratamiento propuesto resulta acorde a la discapacidad de la menor en cuanto manifestación concreta del salvaguardo de su salud que, como claramente estableciera la Corte Suprema, se relaciona de manera directa con el derecho a la vida. En efecto, el máximo Tribunal Federal ha dicho ?Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados

internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931). Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario. ¿En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1°). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación..." (art. 2). El Ministerio de Salud, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde "articular y coordinar" los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados "en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país" (arts. 3°, 4°, 7°, 15, 28 y 36) (Fallos: 323:3229). (Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo?). Emerge sin hesitación que el Estado debe en un sistema de cobertura universal asegurar el necesario tratamiento de la persona afectada en su salud, ya que -conforme expresa el aludido fallo- ¿De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad?». III.3.- Bajo el prisma de la doctrina trazada por la Corte Suprema y el Superior Tribunal de justicia analizaré la queja del accionante. En este orden adelanto criterio en favor de la concesión del remedio. Es que, al ponderar las disposiciones impugnadas del organismo de la seguridad social no puedo omitir su incompatibilidad con el mandato del art. 75, inc. 23, disposición que asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Aquí debemos tener en cuenta que, en principio, antes del dictado de la resolución 902/99 del I.S.S.T. -antecedente institucional del I.P.A.U.S.S.-, los afiliados no tenían limitadas anualmente las derivaciones indicadas en el marco de la patología cubierta por el organismo previsional. En paralelo también se debe tener presente el principio de progresividad reglado por el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en armonía con su artículo 11 inciso 1°, en virtud del cual los Estados signatarios reconocen el derecho de toda persona ¿a una mejora continua de las condiciones de existencia?. Esta mejora continua no se encuentra razonablemente atendida por la resolución restrictiva. El cuadro de por sí se ve agravado por el contexto que rige su relación con la prestadora donde el afiliado no puede ejercer el derecho de elegir libremente la obra social que resulte de su agrado. A modo de ejemplo cabe recordar que la Corte Suprema ha invalidado normas cuando entendió transgredido el principio de progresividad afirmando que: ¿Apartándose el artículo 18.2 de la ley n° 24.557 de precedentes legales pacíficos en la materia y de convicciones jurídicas arraigadas en la comunidad, como lo pone de manifiesto la reforma del decreto n° 1278/00; deviniendo incongruente e inequitativo a la luz de la legislación civil y de la seguridad social, en general; afectando, entre otros, principios y derechos como los referidos a la protección integral de la familia, no discriminación, propiedad, razonabilidad, integralidad de cobertura, progresividad; etc.; opino que procede que se declare su inconstitucionalidad, debiendo la Sala reexaminar el asunto en el plano de dicha premisa (Del dictamen del Procurador General de la Nación -apartados IV y V-, compartido por la CSJN)?(1). Por lo tanto, advirtiendo el cuadro fáctico planteado en autos, el cual tiene características similares a lo resuelto en el fallo transcripto -en cuanto a la derivación de los pacientes con enfermedades graves- no encuentro motivos para alejarme de la postura otrora tomada. Ahora bien, es preciso remarcar que en la acción de amparo promovida por la actora se peticionó la derivación al Hospital Británico de la ciudad de Buenos Aires -institución donde la amparista se viene atendiendo- para realizar los controles pertinentes sobre la afección que padece el amparista -síndrome de Crest que resulta ser una forma de esclerosis sistémica cutánea limitada con fenómeno de Raynaud Severo, dismotilidad esofágica, esclerodactilia y telangiectasias como así también neumonitis intersticial idiopática incipiente con signos enfisematosos-. Tal derivación fue recomendada por los médicos tratantes María Laura Acosta Felquer y doctor Rodrigo S. Castro. Respecto a tal control recomendado por los médicos tratantes, considero que resulta prudente y necesario que la amparista continúe sus controles en la institución sanitaria -Hospital Británico- donde ya se viene tratando su enfermedad desde el año 2016, pues es allí donde se le está realizando desde su detección, los controles específicos sobre la enfermedad que padece. Tal seguimiento llevado a cabo en la misma institución en la que la amparista detectó su enfermedad radica en evitar futuras y potenciales opiniones profesionales que no sólo generen incertidumbre en la paciente, sino

que preserven íntegramente la salud de la amparista con un adecuado tratamiento que recaiga en manos de quien trató a la actora desde un principio. Incluso, tal postura, en parte, fue consentida por la propia demandada que, en diversas oportunidades, derivó al amparista a Buenos Aires a los fines del control de referencia. En este sentido la jurisprudencia ha dicho: "Nos encontramos aquí frente a la imperiosa necesidad de abordar la cuestión que se plantea armonizando fundamentalmente dos valores en juego, por un lado a) el derecho legítimo de un paciente a recibir el tratamiento indicado por su médico tratante, cuando la prescripción es debidamente fundamentada de acuerdo a criterios de racionalidad médica, más aún cuando se encuentra comprometida la propia vida del paciente, y b) un sistema de seguridad social enmarcado dentro del contexto de un estado de derecho teniéndose presente el principio de justicia en cuanto a la mejor protección a los valores en juicio desde la perspectiva de los derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto, en particular en estas actuaciones con relación a la distribución de los recursos económicos destinados al área de salud, sin supeditar un derecho de salud a las fluctuaciones del mercado, ni a resoluciones administrativas de una obra social, menos aun "economizar" la salud del paciente"(2). Ello, sumado al hecho de que los pacientes regulados por la obra social del IPAUSS se ven impedidos de desregularizar la prestación médica a los fines de obtener una concreta posibilidad de poder atenderse en otros institutos, agravándose, de esa manera, su derecho a la salud, me lleva a la certera convicción de hacer lugar a la acción de amparo y en consecuencia rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada. En este sentido, también debo hacer una aclaración respecto de la queja formulada por el recurrente en cuanto a la condena a futuro en cabeza de la accionada. En este sentido no encuentro agravio alguno que pueda ocasionarle tal condena, puesto que, por un lado el Hospital Británico resulta actualmente un prestador de la Obra social demandada. El apelante aduce que, en el futuro, de cambiar las circunstancias puede darse el hecho de que tal hospital deje de ser prestador de su organismo. Sin embargo, la queja, en este caso, recae sobre una abstracción o bien una potencialidad aleatoria que no puede causarle un perjuicio actual al recurrente a los efectos de postergar una prestación fundamental para la salud del amparista. Finalmente el enunciado que hace el colega de grado respecto a normativas constitucionales -por ejemplo artículo 53 de la Constitución de Tierra del Fuego- o bien normativas Convencionales no resultan dogmáticas puesto que se encuentran destinadas a la necesidad de tomar acciones positivas en procura de garantizar los más dispensables derechos que hacen a la vida y dignidad humana. Para el caso en estudio, la acción positiva del Estado radica en ampliar los derechos del paciente en vez de restringirlos. Por lo tanto, si la voluntad del paciente, sumado a lo recetado por sus médicos tratantes es realizar los controles en un centro de salud de mayor complejidad como ser el Hospital Británico donde el paciente se viene atendiendo desde el año 2016, no se encuentran razones aparentes para restringir tales derechos, más aún si se tiene en cuenta, como bien lo expusiera el a quo, lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Provincial. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "CAMPODONICO de BEVIACQUA" del 24/10/00 ha dicho que, "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc.22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública en garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de las llamada medicina prepa-?". Por lo tanto, "el reconocimiento del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, es una responsabilidad de las distintas agencias gubernamentales que dimana, por de pronto, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [-] con rango constitucional a partir del art. 75, inc. 22, de la ley fundamental?". Corresponde ahora pronunciarme sobre el agravio relativo a la imposición de costas en la instancia de grado y no encuentro argumento alguno para apartarme de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 16.986, debiendo la demandada soportar las costas del proceso por el principio general de la derrota que se le impone al vencido y así reproducir lo que manifestara esta vocalía en el precedente que se citara infra. En lo que respecta a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 1068 y consecuente ley 1190, debo remitirme a lo que expusiera al momento de efectuar mi voto en autos "Arnold, Marcelo Enrique c/ Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Amparo, expte 8446". Allí expuse: "I.- Adhiero a la solución propuesta por la vocal ponente, pero considero necesario efectuar ciertas aclaraciones en lo que a la imposición de costas en derredor del artículo 16 de la ley 1068. A los fines de fundar mi voto, me remito a los antecedentes de hecho y de derecho que sirven de causa a los presentes obrados y detallados en el voto ponente. II.- Como dije con anterioridad, mi aclaración radica únicamente en lo que respecta al artículo 16 de la ley 1068 en cuanto establece que en todos los casos en que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte en un pleito, las costas serán distribuidas por su orden. Ello, claro está, sea cual fuere el resultado obtenido o bien la arbitrariedad acometida por el organismo público. A mi entender tal extremo, a todas luces, resulta inconstitucional por los motivos que expondré. Si bien, y antes de adentrarme en tal extremo, no pierdo de vista que nuestro cimero Tribunal ya se expresó sobre la materia en autos "Muñoz Low, Ramón Amado c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora", declarando la constitucionalidad del referido artículo, ello merece un análisis aún más profundo en lo que respecta a temas de salud. Si bien los argumentos del STJ fueron plasmados en un litigio previsional, actuando en carácter de

competencia originaria, también es cierto que la ley 1068 en su artículo 1 declara la Emergencia del Sistema de la Seguridad Social de la Provincia de Tierra del Fuego, entendiéndose tanto los organismos de previsión como así también de obra social. Por lo tanto, entiendo que los argumentos esbozados por el cimero tribunal como los que también se puedan esbozar al respecto, sirven de igual manera para los casos en que actúe el organismo previsional o bien la obra social. Así las cosas, del precedente referenciado que emitiera el cimero Tribunal provincial se advierte que los argumentos allí plasmados hacen hincapié en la situación de emergencia que ostenta el sistema previsional social lo que motiva la distribución de las costas del proceso en los casos en que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte en el litigio. También hace referencia a que el principio objetivo que dimana del artículo 58 del CCA no es absoluto. Sin embargo, este último argumento no encuentra analogía con los presentes actuados por tratarse éste de un proceso de amparo que tramitara por el fuero civil. Si bien no pierdo de vista que el STJ local, en el fallo referido, hizo referencia a los distintos fallos emitidos por la CSJN sobre la materia, también es dable subrayar que el último criterio que impera en la CSJN es el pronunciamiento del 15 de octubre de 2015, en la causa ?Granello, Elena Ángela c/ ANSeS s/ reajuste de haberes?. Allí con invocación del art. 280 del CPCN, la Corte Federal -con la firma de los señores Ministros doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco- dejó firme un pronunciamiento de la Cámara Federal de La Plata, que por mayoría, y con remisión al precedente ?Patiño? había declarado la inconstitucionalidad del art. 21 de la ley 24.463. A mi entender el artículo 16 de la ley 1068 resulta inconstitucional al violentar el principio de igualdad -art. 16 de la CN- al poner en condiciones inequitativas y cuanto menos discriminatoria al excluir a quienes litiguen en contra de la Obra Social provincial de la aplicación del principio general contenido en el art. 78.1 CPCC -en caso de resultar vencedores- y además, inequitativa en relación al resto de los litigantes en causas judiciales que sean gananciosos, por cuanto es principio general que la parte vencida en el juicio es quien debe cargar con los riesgos del resultado del juicio y gastos de la contraria aun cuando no se hubiese solicitado. En este sentido, entiendo, que una situación de emergencia del sistema social, no puede vulnerar el derecho a la propiedad, acceso a la justicia y derecho a la salud del amparista que se vio gravemente afectado en la salud al no cubrirse su prestación médica. Para enderezar tal derecho vulnerado tuvo que acudir a la justicia y, ahora, para más, debe solventar los gastos de su defensa y ello es lo que determina la afección de su derecho a la propiedad. Asimismo esta diferencia de trato en las costas a favor del Estado según el artículo 16 de la ley 1068, en síntesis, lesiona el acceso a la justicia como garantía para los ciudadanos, porque uno tendrá riesgos y otro no por el resultado del pleito. Ello significa otorgar al organismo de gestión un privilegio inaceptable y cometer una inequidad más en contra del beneficiario de la obra social, en flagrante violación de los artículos 1, 14bis, 16, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, como así también lo dispuesto mediante el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 24, hoy integrante de nuestra Carta Magna. Al respecto, en los autos caratulados: ?Patiño Raúl Osvaldo c/ Gobierno Pcia. de San Juan (Unidad de Control Prev.) s/ Amparo por mora de la administración? la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que resultaba discriminatorio la exclusión de los jubilados de la aplicación del criterio general en materia de costas, con sustento en el artículo 21 de la Ley de Solidaridad Previsional N° 24.463, donde se ordena la distribución de las mismas en el orden causado. Así, textualmente expresó: ?Ya se ha visto que no puede aceptarse la solución legal sin lesionar los derechos de igualdad y de propiedad; empero, como también la recurrente ha invocado el principio de solidaridad social para sustentar el criterio legal, debe señalarse que tal principio no puede mantenerse si se acepta que media lesión de los derechos superiores mencionados...La distribución de las costas por su orden en todos los casos originados en demandas previsionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 24.463 de Solidaridad Previsional, no se compadece con los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en materia previsional? -el subrayado me pertenece-. El argumento de la emergencia y, consecuente solidaridad social, no resulta suficiente para vulnerar los derechos constitucionales referenciados en virtud de que, precisamente, la propia Constitución ha nacido para ponerle un valladar a aquellas políticas de gobiernos que pretendan avasallar los derechos reconocidos a los ciudadanos. A excepción de la declaración del estado de sitio -artículo 23 de la CN y artículo 17 en cuanto a expropiación- no existe normativa constitucional que prevea anular los derechos y/o garantías constitucionales reconocidos a los ciudadanos. Ya la CSJN en el renombrado precedente ?Ávico c De la Pesa? exponía: ?La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional...Pero, ni aún el poder de guerra deroga (o remueve) las limitaciones constitucionales que protegen las libertades esenciales?. Adviértase que esta vocalía no se opone a la declaración de emergencia en procura del interés general de la población, pero, sin embargo, considero que esa declaración excepcional requiere un estudio minucioso, detallado y pormenorizado de las afectaciones constitucionales que pueden generarse a raíz de una declaración excepcional sin un análisis profundo de tal excepcionalidad. Ese análisis minucioso requiere razonabilidad y

proporcionalidad. En el fallo antes precitado se traía a colación la Constitución de los Estados Unidos y entonces se exponía: 'La 5ª enmienda en la esfera de la actividad federal, y la 14ª con relación a la acción gubernativa para promover el bien general (175 U.S. 211; 113 U. S. 27; 200 U. S. 561). Ellas solamente condicionan el ejercicio del poder reconocido, asegurando que la finalidad será cumplida por medios compatibles con el debido proceso legal. Y la garantía del debido proceso legal, como a menudo se ha sostenido, sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar'(3). En sí, la ratificación de la declaración de la emergencia resulta una creación pretoriana de los tribunales judiciales que reposa en el preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto tiende a procurar 'el bienestar general de la población'. En el precedente 'Massa', la CSJN expuso: 'Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el preámbulo de la Constitución Nacional'. Entonces, se advierte que los casos en que se convalidó por parte de la CSJN tal situación de emergencia que afectó derechos constitucionales, tuvo incidencia con graves crisis económicas que azotaban a todo el país -véase fallo 'Peralta'. En tal precedente se ha dicho: 'Que a lo que al caso interesa, se cumple con el requisito relacionado con el carácter de emergencia de la legislación en cuestión. Se tratan las impugnadas normas destinadas a poner fin a la grave situación de orden económico que afectó al sistema financiero argentino. En tal sentido, no puede dejar de señalarse el perverso mecanismo que, formado por múltiples impulsos, generó la desmesurada y creciente deuda interna argentina, que el decreto en cuestión buscó remediar'. Así también en el fallo 'Massa' antes citado el máximo Tribunal federal expuso: 'Que a partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis -de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país- que no sólo afectó a las relaciones económico financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser conocida, y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de la crisis'. Si bien en lo que al caso respecta la ley 1068 buscaba sanear el sistema de la seguridad social, ello no significa introducir disposiciones que atenten contra el acceso a la justicia, el derecho a la salud y el derecho a la propiedad. El artículo 16 de la ley 1068, respecto a las costas en el proceso donde el IPAUSS o el organismo que lo reemplace intervenga, resulta innecesario, pues de llevar a cabo las funciones conforme la norma legal establecida al respecto, el índice de litigiosidad se verá disminuido sobremanera y las costas que pudiera generar algún proceso sería minúsculo dentro del presupuesto previsto para ello. Si el índice de litigiosidad crece en lo concerniente a un organismo público, ello se debe a que, indefectiblemente, las políticas públicas llevadas a cabo no se ajustan a la legalidad establecida. Y aquí, es donde reside el imperioso cambio posición que debe tomar esta vocalía, apartándose del fallo precitado emitido por el STJ local. Ello, porque, en oportunidad en que se aplicó tal extremo, resultó ser un primer caso excepcional que ameritaba sostener la emergencia en procurar del interés público como así lo había entendido el legislador. Sin embargo, en la actualidad, y como bien lo apuntara la distinguida colega preopinante, el índice de litigiosidad de severos casos que afectan a la salud, no resulta la excepción, sino la regla y, ello, a todas luces, sería avalar una extrema injusticia que esta Alzada no puede convalidar. En idéntico sentido, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en autos: 'Gutiérrez, Benito c/ Anses' sostuvo que: '...al momento de decidir quién debe soportar las costas del litigio, debe primar no solo el resarcimiento de los gastos que el demandante debió afrontar, sino también tener en cuenta que la conducta recurrente del Estado de incumplir con sus obligaciones ha otorgado carácter normal a una situación notoriamente irregular. Ello así, resulta a todas luces evidente que de continuar avalando la aplicación del artículo 21 de la Ley 24.463 el Estado de antemano conoce que, cualquiera sea su morosidad o arbitrariedad en el manejo de los fondos de la Seguridad Social en su relación con los beneficiarios, nunca deberá asumir costo alguno, o éste será -en todo caso-, mínimo y poco ejemplificador para una superación de la gestión...'. Finalmente, como se adelantara, el artículo 16 de la ley 1068 avasalla el principio republicano de gobierno -artículo 1 de la CN- al ser la legislatura quien interfiere en las facultades que tiene el poder judicial a los efectos de establecer la imposición de costas en un proceso. Es este órgano de Poder quien, conforme artículos 78 y ss del código de rito local, como así, en lo que al caso respecta, artículos 14 y 17 de la ley 16.986, debe sopesar las circunstancias de cada caso con el fin de imponer o eximir de costas a los litigantes. En este sentido nuestra CSJN, expuso: 'Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, 'ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las le han sido acordadas' (Fallos 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar la 'existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes' (Fallos: 210; 1095) y 'la excedencia de las atribuciones en la que éstos puedan incurrir'(4). También la CSJN expuso: 'el principio de la llamada 'división de poderes', [...] se vincula con el proceso de constitucionalismo de los estados y el desarrollo de la forma representativa de gobierno. Es una categoría histórica; fue un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política. Se presenta como un

sistema de restricciones a la actividad del poder para garantía de la libertad individual. Por él se reparten las atribuciones de la autoridad y se regula su acción con función de la preservación de la libertad, atribuyendo a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la ejecutividad de las funciones que les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional. Es un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad, que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir entre ellas una necesaria coordinación. [...] Que nuestra Constitución establece un reparto de competencias y establece medios de control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades, librado a su plena discreción. [...]. Los jueces deben aplicar las leyes que el legislador establece, pero es función esencial suya el control de su constitucionalidad [...]?(5). Por los motivos expuestos entiendo que resulta inconstitucional el artículo 16 de la ley 1068 y por ello adhiero a la solución propuesta por la distinguida colega que me precediera en el orden de votación. Así voto?. Finalmente en relación a la queja del apelante sobre el acompañante para el amparista, debo declarar su deserción pues, no logra realizar una crítica concreta sobre la resolución de grado. Por ello, va de suyo que, a la luz de las constancias de autos, no puedo dejar de advertir la insuficiencia en la expresión de los agravios efectuada por la actora a los fines de hacer valer su recurso de apelación, quien se apartaría de lo requerido por la ley ritual a ese respecto (art. 275 CPCC). Se ha dicho de antiguo en doctrina que la expresión de agravios debe reflejar el alcance concreto del remedio que se interpone y delimitar la materia de reexamen por parte del tribunal ad quem, ello dentro de la trama de las relaciones fáctico-jurídicas que definen el ámbito de la litis. Ya nos ilustraba el maestro Carlos Colombo, comentando el viejo código de procedimientos que ¿no queda cumplida la exigencia del art. 241 si el apelante en el escrito de expresión de agravios no realiza la crítica razonada y concreta de los fundamentos de la sentencia impugnada, tendiente a demostrar los errores que atribuye al juzgador, en cuanto a los hechos, la apreciación de estos y la prueba, y de la aplicación e interpretación del derecho. Debe concretar los agravios punto por punto, esto es, sobre cada ¿capítulo?, manifestando concretamente las razones, en que se apoya. En este sentido, el escrito ¿debe bastarse a sí mismo?: no son suficientes las simples remisiones a escritos anteriores, ni meras generalidades, o referencias a cuestiones cuya decisión esta firme. No es, por tanto, cuestión de extensión del escrito, ni de manifestaciones sonoras, ni de profusión de citas, ni tampoco de injurias más o menos veladas al juez, sino de efectividad en la demostración del eventual error al indicando: ilegalidad e injusticia del fallo?(6). Por idéntico carril de marcha se pronunciaba Alsina en su célebre obra al indicar que ¿por expresión de agravios se entiende el escrito en el cual el apelante examina los fundamentos de la sentencia y concreta los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan los agravios de que reclama. Este carácter esencial del escrito ha sido recordado muy frecuentemente por la jurisprudencia y es muy importante tenerlo en cuenta, porque si el mismo no llena esas condiciones, el tribunal debe declarar desierto el recurso [...] No se cumple con la obligación de expresar agravios con solo dar por reproducidas exposiciones o alegaciones hechas antes de la sentencia?(7). Este criterio ahora se asienta de manera expresa, conforme se explica en la exposición de motivos del nuevo digesto ritual, contemplando la doctrina de la pacífica jurisprudencia que aflora en torno del art. 241 del Código anterior(8). Siguiendo esta línea de opinión nos ilustra Lino Palacio al afirmar que ¿la jurisprudencia ha establecido asimismo que la brevedad o laconismo de la expresión de agravios no constituye razón suficiente para declarar la deserción del recurso si el apelante individualiza, aun en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuanto la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia de aquel acto procesal hace aconsejable aplicarla con criterio amplio, favorable al recurrente?. Ahora bien, como certeramente indica el autor el nuevo ritual civil y comercial impone a la alzada referir las motivaciones esenciales del resolutorio impugnado, que a la postre no fueron eficientemente refutadas por el quejoso, en tanto tal extremo deviene del requisito de fundamentación, que deben satisfacer las resoluciones judiciales susceptibles de ser apeladas conforme surge de la Constitución y del art. 177.1 inc. e) del CPCC (9). Este sendero de avance ha sido delineado por nuestro cimerio Tribunal local al sostener que: ¿Como se sabe el recurso no cumple con la finalidad perseguida cuando su fundamentación no contiene una crítica razonada y concreta de la sentencia contra la que se alza, indicando punto por punto los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento, cuando median afirmaciones genéricas sobre la prueba sin precisarse el yerro o el desacierto en que incurrió el sentenciante en sus argumentos y cuando las impugnaciones son de orden general. En ese sentido se ha señalado que "la fundamentación del recurso debe contener, esencialmente, una crítica o censura de las motivaciones de la sentencia apelada. De donde se sigue que no cumple la misión para la cual está destinado, el escrito que ni siquiera intenta rebatir la argumentación del juez a quo. La crítica debe ser concreta; esto es, precisa, dirigida a las argumentaciones desarrolladas en el fallo impugnado. En este orden de ideas, la expresión de agravios debe indicar, punto por punto, los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional. No bastan apreciaciones genéricas o desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia, ni las citas doctrinarias y jurisprudenciales sin indicación de su atinencia al caso. Asimismo, la expresión de agravios debe ser razonada. No alcanza a

superar el vallado del juicio de admisibilidad enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada; es necesario demostrarlos [...] (v. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, "La Alzada. Poderes y deberes", Ed. Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 24/25)?(10). Respecto de la motivación del memorial impugnativo ha dicho la Corte local que "la fundamentación de la senda impugnatoria constituye la cuña que busca romper el dispositivo sentencial, y para que ésta tarea sea exitosa, el escrito postulatorio tiene que estar correctamente redactado, debe consistir en una crítica -razonada, meditada, concreta, precisa- del decisorio que causa los agravios. Adviértase la correlación que existe entre el fallo y el recurso (véase Nº 203), pues ambos para poder tener vida propia necesitan estar fundados; en el primer caso hablamos de `motivación de la sentencia y en el segundo de `fundamentación de la queja'. Aparece de este modo la indisoluble y férrea conexión de mardecir la soldadura que vincula a estos dos institutos, dándose una relación de `antecedente' a `consecuente', ya que el recurso tiene en miras destruir la motivación del dispositivo sentencial atacado (Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", Librería Editora Platense, La Plata, 1994, págs. 419 y 420"(11). También desde puntos de vistas similares se sostuvo que "[...] Si en la motivación de la sentencia tiene que hacerse un estudio de todo el proceso, la fundamentación del recurso debe llevar a cabo también un balance crítico de la providencia que intenta destruir. Por ende si se le exige a los jueces que se esmeren para apuntocar sus fallo, también debe pedírsele a los justiciables -y sobre todo a sus letrados- que paralelamente se esfuercen para sostener sus embates ("Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", Juan Carlos Hitters, págs. 419 y 421, Librería Editora Platense, La Plata, 1994)?(12). El más alto Tribunal de la república tiene dicho respecto a la deserción del recurso que si "El memorial presentado por la demandada ante el Tribunal no contiene -como es imprescindible- una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados en la sentencia impugnada, circunstancia que de conformidad con lo dispuesto por el art. 280, ap. segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la jurisprudencia de esta Corte, conduce a declarar su deserción (conf. Fallos: 317:87; 320:2365; 322:2683 y 3139; 323:591, 881 y 3135; 325:3422; 326:402 y 3715; 327:1456, entre muchos otros)"(13). En virtud de todo lo aquí expuesto, considero ajustado a derecho rechazar el recurso de apelación esgrimido por el accionado y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios. VI.- Como siempre sostengo en mis pronunciamientos, resueltas entonces las presentes actuaciones, quiero advertir que he abordado aquellas cuestiones que resultan necesarias para poder llegar a la decisión que en definitiva se propicia, es decir aquellos puntos de cuya determinación depende directamente el sentido y alcance del resolutorio. Es así que en sus decisiones el sentenciante se encuentra obligado a articular opinión sobre los tópicos acercados por los litigantes, que en aras de resolver el entuerto traído a su conocimiento, resulten idóneos para dirimirlo o dicho en palabras sencillas sean CUESTIONES ESENCIALES. Recuerdo en esta línea argumentativa cuanto dijera el más alto Tribunal local al sostener que "[...] es sabido que los jueces no se encuentran obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios esgrimidos por las partes, sino sólo respecto de las cuestiones que resulten conducentes para la solución del caso (CS Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.)?(14). En punto a ello se ha resuelto que "Hay omisión de cuestión esencial cuando la Cámara -o el tribunal colegiado de instancia única- incurre en una verdadera inadvertencia de la propuesta de la parte, pero no cuando la falta de tratamiento expreso de la temática aparece naturalmente desplazada por la atención brindada a otra que lógicamente supone no haber olvidado la problemática. Para arribar a esta solución se busca por un lado evitar el excesivo formalismo, y por otro, seguir la tesis de que las nulidades -y mas aun cuando se trata de sentencias- deben acogerse con criterio restrictivo, partiendo de la idea que -en principio- debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento (Fundamento del voto del doctor Hitters, por la mayoría)?(15). Por lo precedentemente expuesto, ello en tanto mi voto encuentre favorable acogida entre los distinguidos colegas que integran esta prestigiosa instancia de revisión, concluyo que deberá rechazarse el remedio recursivo esgrimido por la demandada y en consecuencia confirmar la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios. Con costas en esta instancia por su orden debido a que no existió oposición (cfme. art. 78.2 CPCC). Establezco los emolumentos del letrado de la parte accionada por su actuación en esta Alzada en un ...% de lo que se reguló en la anterior instancia. De este modo expreso mi voto. 2.- El juez Francisco Justo de la TORRE dijo: I.- He de disentir parcialmente con el colega que precedió el orden de votación en dos aspectos de su voto. Por un lado, en lo que respecta a la declaración de deserción del agravio concerniente a la cobertura de gastos del acompañante en la derivación, y de otro, en relación a la cobertura de gastos sin establecer límite diario. II.- En lo que respecta a la cobertura de gastos de acompañante, coincido con el criterio del a quo en cuanto destacó que no existe instrumento médico que acredite la necesidad terapéutica de derivación con asistencia personal, mas no con la solución brindada toda vez que la infiere de anteriores derivaciones (ver fs. 73vta). Sobre el particular, cabe recordar que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos, y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada(16). En virtud del principio de la carga de la prueba es obligación de las partes aportar las pruebas de sus afirmaciones o en caso contrario soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés. El actor debe acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el accionado los extintivos

impeditivos o modificativos. (S.C.B.A. in re "Castillo, Crecencio Amado c/Expreso del Sud S. A. ", sentencia del 2.7.91. D. T. 1.992-A pág. 450). ¿La prueba es la comprobación de la verdad de un hecho del cual depende la existencia del derecho, el medio de formar la convicción del juez sobre la realidad o falsedad de los hechos conducentes, el modo de verificar las afirmaciones controvertidas respecto de ellos?(17). La carga de la prueba, afirma Fassi, citando a Devis Echandía, es un concepto procesal que "contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cual de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables" ("Teoría General de la Prueba" T. I pág. 426); "La carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis" (Fassi "Cód. Proc. C y C." Ed. Astrea 1.971 T. I pág. 671). En ese orden de ideas, se puede afirmar que dicha imposición procesal "...no es una formalidad estéril, sino un problema que hace a la aplicación del derecho en el proceso; una norma es aplicable cuando la tipicidad abstracta legislativamente formulada se ha convertido en realidad concreta, por lo que si la actora no prueba los hechos que forman el presupuesto de derecho pierde el juicio. La razón de la carga tiene por fin descartar la posibilidad de que el juez llegue a un "non liquet" respecto a los hechos o la ley aplicable" (CNACom Sala B "Ianizzotto de Zupi Haydée y otro c/Banco Cooperativo de Caseros Ltda." del 06.03.91 LL 1991-C pág. 358). De ahí que, como ha sido expresado, el juez no puede suplir la negligencia u omisión de la parte sin quebrar la igualdad de los litigantes, pues se produciría un agravio sustancial al derecho de defensa (art. 18 CN). Repárese que, en el caso, la cobertura de gastos de acompañante no menoscaba el contenido del derecho de salud de la actora. Al menos por las constancias de la causa, no lo hace de modo en que se pueda concluir que afecta su sustancia. Desde esta perspectiva interpretativa, no cabe hesitar que la actora no ha acreditado la necesidad de derivación con acompañante y esta omisión sella la suerte adversa de la pretensión sobre el punto y amerita la procedencia del agravio. Con arreglo a lo expuesto, cabe hacer lugar al agravio y en su mérito revocar el punto I del fallo de primera instancia en cuanto dispuso los gastos que demandare el acompañamiento. II.- Discrepo del mismo modo con la cobertura del 100% de gastos que demande la derivación pues los gastos de estadía no pueden ser ilimitados, ya que no cabe desvincular de modo absoluto el reconocimiento de los derechos con los gastos necesarios que exigen su ejercicio. Un aspecto esencial de la cuestión a resolver es la particularidad de que la Obra Social administra fondos públicos que dependen de la contribución colectiva de los afiliados comprendidos obligatoriamente en el sistema asistencial. Siendo ello así, el juicio de los magistrados debe estar presidido por esta realidad de recursos limitados y armonizarlo con el debido resguardo al derecho a la salud. Es decir, se debe ponderar adecuadamente los fines de la Obra Social y los medios para la consecución de los primeros. En tales condiciones, aprecio justo y razonable reconocer a la actora gastos de estadía hasta un máximo de pesos mil seiscientos diarios (\$ 1.600). III.- En los términos que anteceden, dejo expuesta mi disidencia parcial al colega que lideró el acuerdo. 3.- La juez Josefa Haydé Martín dijo: Por compartir los fundamentos y solución propuesta por el vocal que votó en primer término, adherimos, votando en los mismos términos. En virtud del Acuerdo que antecede el Tribunal, por mayoría SENTENCIA 1º.- RECHAZAR el remedio recursivo esgrimido por la demandada y en consecuencia confirmar la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios. 2º.- IMPONER las costas en esta Alzada por su orden debido a que no existió oposición (cfrme. art. 78.2 CPCC). 3º.- ESTABLECER los emolumentos de la letrada de la parte accionada por su actuación en esta Alzada en un ...% de lo que se reguló en la anterior instancia (conforme art. 14 Ley 21.839) 4º.- MANDAR se copie, registre y oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen. Fdo. jueces de Cámara: Ernesto Adrián LÖFFLER, Francisco Justo de la TORRE y Josefa Haydé MARTIN. Ante mi: Marcela Cianferoni - secretaria de Cámara. Reg. Tº II del libro de Sentencias Definitivas, Fº 329/343, año 2018. Notas: (1:) Cámara de Apelaciones Sala Civil, Comercial y del Trabajo TDF, O., N. D. V. c/ I.P.A.U.S.S. s/ AMPARO, 05505/10. (2:) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO (BRUCHMAN DE BELTRAN-NEIROT DE JARMA-WEYEMBERH DE NASSIF SABER-NUÑEZ -ALEGRE)VERA, ELENA C. c/ MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL Y/O SERVICIO SOCIAL MUNICIPAL s/ RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN PLENARIO, 21663 del 1 DE ABRIL DE 2004. (3:) CSJN Fallo ?Ávico c De la Pesa? (4:) CSJN: ?Fayt, Carlos Santiago c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento?. 19/08/1999. (5:) Véase CSJN Fallo ?Peralta?. (6:) Véase Carlos J. COLOMBO, Código de Procedimiento Civil y Comercial anotado y comentado, Ed. Abeledo-Perrot Bs. As., diciembre de 1964, p. 580, el destacado y el subrayado me corresponden. (7:) Véase HUGO ALSINA, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Tomo IV Ed. Ediar, Bs. As., 1961 ps. 390, 391. (8:) Véase JESÚS CUADRAO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado 2da. edición Depalma p. 310. (9:) Véase LINO ENRIQUE PALACIO, Manual de derecho procesal civil, Tomo II, quinta edición actualizada Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps.

139, 140. (10:) STJ, de Tierra del Fuego, "Cabana, Claudia Alicia c/ Luciano Preto y Cía., Iglys S.A., Consur S.A. y/u otro s/ Ordinario s/ Recurso de Queja", expediente N° 666/03 de la Secretaría de Recursos. (11:) STJ, de Tierra del Fuego, del voto del Dr. Tomás HUTCHINSON in re: "Ceuninck, Hugo Rodolfo c/ Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ Contencioso Administrativo", expte. nro.343/99 STJ-SR; Registro T° VI, F° 278. (12:) STJ, de Tierra del Fuego, del voto del Dr. Tomás HUTCHINSON in re: "D´Anna, Ana María c/ Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ Contencioso Administrativo", expte. nro. 353/99 STJ-SR, Registro T° VI, F° 400/406. (13:) CSJN C. 358. XL -"Chryse S.A. c/ A.F.I.P. D.G.I. s/ Dirección General Impositiva"-, 04/2006. (14:) S.T.J. Tierra del Fuego, ?Gatti, Gustavo Justo c/ Raffo Magnasco, Cecilia, Pace, María Teresa y Provincia de Tierra del Fuego s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja?, 658/03, 05 de Noviembre de 2003 SR. (15:) S.C. Buenos Aires, abril 15-997.- Yelpo Edelberto R. y otros DJBA, 1534436. (16:) Fallos: 331:881. (17:) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA J, ?Beber, Élide del Valle c. Ranieri, Fernando Antonio y otros s/ daños y perjuicios?, del 24/02/2017. 030778E