

Accion De Amparo Obra Social Gastos Por Derivacion A Centro De Alta Complejidad

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Obra social. Gastos por derivación a centro de

alta complejidad Se confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo, y condenó a la obra social demandada a afrontar los gastos sociales (pasaje y alojamiento) que demande la derivación del amparista a un centro de alta complejidad.

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 11 días del mes de octubre de 2017, 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° 20539/17 provenientes del Juzgado Civil y Comercial N° 1, distrito judicial Sur, en los autos caratulados: "ARNOLD MARCELO ENRIQUE C/ OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO (OSPTF) S/AMPARO? en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 8446/2017, se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art. 47.2 del CPCC): 1°.- La jueza Josefa Haydé MARTÍN dijo: I.- El aquo resolvió: ?1) CONDENAR a la OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO (OSPTF) a afrontar los gastos sociales (pasaje y alojamiento) que demande la derivación del Sr. Marcelo Enrique ARNOLD y su acompañante a un CENTRO DE ALTA COMPLEJIDAD con el que tenga convenio prestacional. 2) IMPONER las costas del proceso en el orden causado de conformidad a lo meritado en el considerando 4.- 3) DIFERIR la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que la presente adquiera firmeza...Fdo. ALEJANDRO FERNÁNDEZ - Juez? (fs. 51vta.). II.- En disconformidad con lo resuelto, a fs. 56/64vta., el doctor Sebastián Eduardo RODRÍGUEZ, en el carácter de apoderado de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (O.S.P.T.F.), con el patrocinio letrado de los doctores María Carolina VILLARREAL y Hugo Gastón MARTINCO, interpone recurso de apelación. En primer término, cuestiona la sentencia recaída, porque carece de fundamentación. En apoyo de su postura, cita profusa jurisprudencia y doctrina. En segundo término, señala que se ha desconocido o prescindido de la prueba ofrecida y que se ha violado el principio de bilateralidad y la garantía de defensa en juicio. Entiende que esto es así, porque al hacer alusión a ?circunstancias objetivas que rodean al caso? en la sentencia en crisis (ver considerando 3°, párrafo 6), se aleja de tal concepto, por no tener en consideración lo informado por Auditoría Médica, que en documental se acompañó al momento de la presentación del informe requerido. Dejando de lado que efectivamente, el afiliado fue atendido en fecha 08 de agosto de 2017, por el Dr. Luciano Scarello de la Clínica San Jorge, para brindar oportunamente la prestación médica que el amparista necesita. Además, la prueba ofrecida se encontraba orientada a acreditar los supuestos de hecho en que su mandante fundaba su defensa jurídica. Manifiesta que la conclusión expuesta por el juez de grado, es dogmática, porque descalifica anticipadamente la prueba ofrecida por su mandante, soslayando su valor como elemento de análisis para arribar a una solución ajustada a derecho. En tercer término, se ofende porque se omitió aplicar la normativa vigente que regula el marco prestacional: ley 1071. Afirma que al momento de resolver la cuestión traída a análisis, el juez de grado se aparta de los presupuestos legales receptados tanto en el P.M.O., como la normativa interna de la Obra Social, - Marco Prestacional ex I.S.S.T. 1011/96, ítem 1.8.1 y Ley Provincial N° 1071. Se pretende extender la responsabilidad de la Obra Social más allá de los límites legales impuestos. De la lectura del informe circunstanciado del art. 8 ley 16986, se puede apreciar que no hubo ni hay reticencia de parte de la obra social para la atención del afiliado amparista. Las normas aplicables (art. 3 ley 1071), no exige que la prestación sea brindada por tal o cual efector, sino que pone en cabeza de la obra social, determinar la contratación con el objeto de brindar cobertura en los servicios médicos. Cubierta que se encuentre la atención solicitada, no parece adecuado cuestionar la idoneidad de los recursos profesionales puestos al servicio de la atención médico asistencial de sus beneficiarios. En cuarto término, se agravia porque considera que existe una errónea apreciación de los hechos, por lo tanto la sentencia resulta arbitraria. Hace notar que el juez de grado, en ningún momento tuvo presente la Historia Clínica del Paciente aportada como prueba, en donde el mismo afiliado ha concurrido al turno gestionado por su parte, y es atendido por el doctor Scarello (traumatólogo), quien planificó una cirugía. En tal sentido, se agravia la accionante, en cuanto el aquo no advirtió las posibilidades que se plantearon en el informe presentado, concretamente, que se articuló y puso a disposición del amparista las medidas necesarias para efectuar la intervención y por ende darle la cobertura que amerita, por el prestador que cuenta con capacidad instalada en la ciudad para efectuar tal intervención, sin que ello implique una cobertura menor a la requerida. Cierra su presentación afirmando que la sentencia recurrida es arbitraria y en su mérito solicita la admisión del recurso impetrado. III.- Dispuesto el traslado de los agravios -fs. 65-, a fs. 66/68vta., el señor Marcelo Enrique ARNOLD, solicita ejecución de sentencia y denuncia hecho nuevo. Adjunta a tal fin certificado emitido por la médica hematóloga, Dra. Laura ECHEVERRÍA

-Clínica San Jorge S.R.L.-, donde la profesional expone: ¿Solicito derivación médica para la Fundación de la Hemofilia, paciente portador de Hemofilia ¿A?; debe ser operado de ambas rodillas, se solicitó derivación por ser un paciente de alto riesgo de sangrado, quien debe ser operado por profesionales especializados en el manejo de la Hemofilia. 25/08/17?. Alega que la certificación adjunta, refuerza lo expuesto en la demanda, en cuanto al hecho de la necesidad de su traslado a un centro de mayor complejidad, puesto que en el ámbito de la Provincia, no hay médicos que cuenten con la especialización necesaria para arribar a buen fin con la intervención quirúrgica a la cual debe ser sometido. En mérito a ello, solicita que de ser admitido el recurso de apelación interpuesto por la accionada, éste sea concedido con efecto devolutivo, y en consecuencia se ordene a la demandada a dar cumplimiento inmediato con la sentencia dictada en autos, con la finalidad de evitar una complicación mayor en el cuadro de gravedad que ya presenta el señor Arnold. IV.- A su tiempo, a fs. 69/76, -el señor Arnold- rebatió los argumentos expuestos en el memorial recursivo. En prieta síntesis, sostiene el decisorio en crisis. No se hará transcripción de las respuestas brindadas en armonía con el principio de celeridad y economía procesal que consagra el art. 16 de la ley 110, es así que se dan por reproducidos. V.- A fs. 103/107, la doctora María Rita MARCHI, en el carácter de apoderada de la demandada, contestó el traslado del hecho nuevo. Señala que el certificado médico, no agrega nada nuevo, ni tampoco hace constar que se haya producido un agravamiento en el estado de salud. Refiere que se pretende cambiar el objeto de la acción, toda vez que solicita ser derivado a la Fundación de Hemofilia. Viola en tal sentido, el principio de congruencia. En mérito a ello, solicita se declare improcedente el hecho nuevo denunciado. VI.- Antes de pasar a resolver el conflicto expuesto, corresponde recordar que la competencia de esta Sala se circunscribe a decidir si los agravios esgrimidos logran derrumbar los argumentos que motivan el dictado de la sentencia de fs. 43/51vta. En directa vinculación con nuestra labor, resulta la resolución de la admisión o rechazo del hecho nuevo invocado por el actor, que a la postre podrá o no tener incidencia al momento de formar nuestra convicción. VII.- A fs. 18/24, el señor Marcelo Enrique ARNOLD, con el patrocinio letrado de la doctora María Guillermina SÁNCHEZ MENÚ y Guillermo Jorge GONZÁLEZ, promovió acción de amparo contra la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (OSPTF), a fin de que se ordene a la demandada que autorice con el carácter de urgente, la derivación médica solicitada por los médicos tratantes -doctores Zapponi, Torino y Gamulin- para que se le practique la intervención quirúrgica en un centro de mayor complejidad. Solicita además se cubran los gastos sociales que involucran la derivación, esto es pasajes, alojamiento y viáticos en concepto de traslado y alimentación, tanto para el accionante como para su acompañante. A.- El accionante, padece artropatía hemofílica con gonartrosis tricompartmental severa e indicación de reemplazo total. En razón de su patología, debe ser tratado en un centro médico especializado, conforme los informes que adjuntó oportunamente ante la obra social. Hace notar que el auditor médico Andrés Becker, por un lado ordenó la derivación y luego la tachó, y con posterioridad la denegó. Luego de ello, mediante cédula fue notificado que la obra social no procedería a dar curso a su derivación, porque consideró que podría gestionar turno de atención en la Clínica San Jorge en la ciudad de Ushuaia, con el doctor Scarello, sin ponderar las razones médicas que la complejidad de la patología que lo afecta requiere. Por ello, entendió que la vía del amparo, sería la indicada para resguardar su derecho a la salud. Funda los recaudos de procedencia de la acción. Sostiene sus argumentos en derecho. Ofrece pruebas. Cierra su presentación, solicitando la admisión de la acción entablada. B.- En oportunidad de producir informe en los términos del artículo 8 de la ley 16986, el doctor Pedro Rodolfo Sosa Unzaga, en el carácter de apoderado de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, efectúa la negativa genérica y luego pormenorizada de todos y cada uno de los extremos alegados por el amparista. Señala que la vía intentada es inidónea para la pretensión esbozada. Hace notar que no se encuentran reunidos los recaudos para la procedencia de la acción, toda vez que ningún acto arbitrario o ilegalidad manifiesta se advierte en la conducta de la demandada. Manifiesta que el amparista no cuestiona la capacidad o aptitud de los profesionales cuya atención se le ofrece. Lo que si está en discusión, es la modalidad de atención de la práctica indicada, es decir, si debe admitirse la libre elección por parte del afiliado o la misma debe ajustarse a las pautas establecidas para la generalidad de los afiliados. Señala que la jurisprudencia es conteste, en el sentido de que la prestataria debe brindar los servicios a los que está obligada, dentro del marco legal que lo regula. Solicita que las costas sean distribuidas por el orden causado, en atención a la previsión contenida en el art. 16 de la ley 1068. Cierra su presentación, solicitando el rechazo de la acción entablada. VIII.- DEL HECHO NUEVO DENUNCIADO El artículo 350.2 del digesto ritual, establece que: ¿Si después de contestada la demanda sobreviniere algún hecho nuevo con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso, éstas podrán alegarlo y probarlo hasta la conclusión de la causa; si fuere posterior a ese momento, podrán alegarlo y probarlo en segunda instancia. En todos los casos se concederá a la contraparte las facultades de contradicción y prueba correspondientes?. El certificado médico presentado por el accionante, da cuenta que resulta vital su derivación a la Fundación de Hemofilia, a fin de ser tratado por profesionales en el manejo de la patología que lo afecta, toda vez que la presencia de ella hace inminente el riesgo de sangrado al momento de la intervención quirúrgica. Vale recordar que a fs. 6, el doctor Zapponi, sugirió ¿Tramitar derivación a la Fundación de la Hemofilia?. A fs. 8, la médica Gamulín, expuso: ¿Paciente

con diagnóstico de Hemofilia A severa con cuadro de artropatía severa, infección viral asociada a tto anterior por sangrados, con múltiples episodios hemorrágicos en los últimos años (sangrado de SNC en abril de 2016), sangrado postexodoncia reciente). Será derivado a centro de alta complejidad en tto de Hemofilia para cirugía de rodilla por artropatía. Solicito control en dicha derivación con Hematología en igual centro (Fundación de la Hemofilia)...?. Teniendo en claro los antecedentes, y considerando que el certificado presentado dice: ?Solicito derivación médica para la Fundación de la Hemofilia, paciente portador de Hemofilia ?A?; debe ser operado de ambas rodillas, se solicitó derivación por ser un paciente de alto riesgo de sangrado, quien debe ser operado por profesionales especializados en el manejo de la Hemofilia. 25/08/17? (doctora Echeverría), no consideramos que la pretensión de la accionante, sea incongruente o exceda la primigenio objeto de litis. Entendemos que ello resulta así, porque incluso el señor juez de grado, en su sentencia, al admitir la acción de amparo, lo hizo en los siguientes términos: ?1) CONDENAR a la OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO (OSPTF) a afrontar los gastos sociales (pasaje y alojamiento) que demande la derivación del Sr. Marcelo Enrique ARNOLD y su acompañante a un CENTRO DE ALTA COMPLEJIDAD con el que tenga convenio prestacional?, sin especificar el centro al cual debería ser derivado. Así las cosas, entendemos que el hecho nuevo denunciado, resulta conducente para la resolución del remedio impetrado. En mérito a ello, proponemos la admisión del mismo. En razón de la oposición formulada, las costas se impondrán a la demandada vencida (art. 78.2 CPCC). IX.- RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDADA. Resuelta la admisión del hecho nuevo, debemos recordar que el marco de la presente acción -amparo- requiere de los jueces una resolución expedita. Por ello, hallándose el recurso de apelación debidamente sustanciado, y dada la premura que caracteriza a las cuestiones de salud, procedemos a examinar los términos del remedio impetrado. "El objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental"(1). "Se trata de un procedimiento utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales; razón por la que su apertura exige circunstancias particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la urgente y expeditiva vía del amparo"(2). La vía que examinamos, resulta más que idónea en un caso como el que nos ocupa esto es: el derecho a la salud. "El concepto de salud ha sido definido como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades, conforme lo establece el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud. En la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud de 1986 se suscribió un nuevo y más alto concepto, al considerar como condiciones y recursos fundamentales para la salud a la paz, el cobijo, la educación, el alimento, los ingresos económicos, un ecosistema sustentable, recursos sostenibles y justicia social. En nuestra Constitución Nacional, el derecho a la salud se incluyó expresamente en el año 1994, y se consagró en los artículos 41 al 43 el derecho a la protección de la salud y la acción de amparo para hacerlo valer legalmente. Asimismo, en el artículo 75, inciso 22 de la CNA, se incluyeron tratados internacionales que resguardan este derecho, de los cuales resulta más abarcador el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Art. N° 12 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"(3). Tengamos presente que: "...desde sus inicios la Corte Suprema entendió que el Estado nacional está obligado a ?proteger la salud pública?1, pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, que es el ?primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes?2. Por su parte, y en relación con el Preámbulo de laCN, juzgó que en él ?ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, porcierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud? (4) (CSJN, 14/5/1987, ?Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/provincia de Buenos Aires s/indemnización de daños y perjuicios?, Fallos, 31:273. La referencia que se realiza en el texto corresponde al consid. 4o. Se pronunciaron de modo conteste los jueces GOROSTIAGA, DOMÍNGUEZ, FRÍAS e IBAR- GUREN. 2 Cfr., por ejemplo, CSJN, 6/11/80, ?Saguir y Dib, Claudia G. s/autoriza- ción?, Fallos, 302:1284 La cita corresponde a los respectivos consid. 8o de la moción que encabeza el fallo, perteneciente a los ministros GABRIELLI y Rossi, y del voto concurrente conjunto firmado por los jueces FRÍAS y GUASTAVINO.3 CSJN, 21/12/70, ?American Cyanamid Company c/SA Unifa Química eIndustrial?, Fallos, 278:313. La alusión que se realiza en el texto corresponde al consid. 15. Votaron coincidentemente los ministros ORTIZ BASUALDO, CHUTE, RISOLÍA, CABRAL y ARGÚA). X.- Para fundar su disconformidad con el pronunciamiento recaído, la Obra Social demandada, consideró que no aplicó la normativa pertinente; que se omitió ponderar la prueba y que se realizó una errónea valoración de los hechos. Dicho ello, la misma demandada expuso en su memorial recursivo, que no se discute la necesidad de la intervención quirúrgica que se le debe realizar al señor Arnold, pero la cuestión que nos convoca adquiere una particularidad difícil de soslayar: el accionante tiene hemofilia y presenta un riesgo de sangrado que debe ser tratado por profesionales especializados en la patología. En este punto, es imposible desconocer que la gravedad del cuadro que presenta el amparista, requiere una inmediata resolución de parte de la obra social. A fs. 31, obra

informe de la médica María Victoria BRAGADIN -Auditora de la OSPTF-, de fecha 14/07/217, quien manifestó: "Se consultó telefónicamente, a la dirección médica del Sanatorio San Jorge, sobre la posibilidad de que se le pueda brindar la prestación médica, acorde a la patología del paciente. Desde esta dirección, se notifica al afiliado que por su diagnóstico, no sería derivado fuera de la provincia, ya que tenemos capacidad instalada en la isla. Debido a su patología traumatológica, podría gestionar turno de atención con Dr. Luciano Scarello, (Clínica San Jorge), quien atendió al mismo en fecha 8/8/17 (adjunto en sobre cerrado HC)". Nótese que el informe, hace referencia a la patología traumatológica, pero nada refiere del cuadro de hemofilia, que los especialistas señalaron. De hecho, si examinamos la Historia Clínica del paciente, del Sanatorio San Jorge S.R.L., a fs. 33, podemos observar que el doctor SCARELLO, examinó al accionante, y "SOLICITÓ EVALUACIÓN POR HEMATOLOGÍA PARA PLANIFICAR CIRUGÍA DE RTR". Sin embargo, no surge de las constancias anejas a la causa, que el centro médico referido, cuente con un Servicio de Hematología acorde a la cirugía que se requiere. Así a fs. 32vta., advertimos que la doctora Laura Marcela ECHEVERRÍA perteneciente a Hematología del Sanatorio San Jorge S.R.L., ya había atendido al señor Arnold, y por esta razón el certificado que expidió (fs. 66/vta., del 25/08/17) y que da cuenta de la necesidad de la derivación del amparista a la Fundación de la Hemofilia, resulta fundamental para resolver la cuestión que examinamos. En esta intelección, concluimos que la valoración efectuada por el juez de grado, de las pruebas y de los hechos, resulta adecuada a las constancias de la causa, y por ello no cabe efectuar reproche alguno.

XI.- Si nos circunscribimos a la normativa aplicable, el artículo 1 de la ley 1071, señala "Créase la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (OSPTF) como organismo descentralizado de carácter autárquico, de acuerdo al régimen de la presente y a las Leyes nacionales 23.660 y 23.661, quien tendrá a su cargo las prestaciones médico asistenciales del personal, funcionarios y magistrados dependiente de los tres poderes del Estado provincial, sus municipalidades y comunas, entes Autárquicos y Descentralizados y Sociedades con Participación Mayoritaria Estatal, en cualquiera de sus manifestaciones y las Fuerzas de Seguridad dependientes de la Provincia, sucediendo jurídicamente al Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social (IPAUSS) en la medida de sus competencias..." (lo subrayado nos pertenece). Si partimos de la principal responsabilidad que le cabe a la demandada, resulta ajustado a derecho el fallo de autos. La prescripción del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando señala "el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada" nos compromete con la "necesidad de buscar vías procesales constitucionales para convertir la letra de las normas internacionales, constitucionales o infraconstitucionales, en acciones concretas para dar cobertura tutelar a un derecho fundamental (el de la salud), que se entrelaza con otros derechos para dar vida a un haz de facultades que reclama operativización pragmática y no resiste la recreación de frustraciones o mediatizaciones atrapadas en la vacía retórica [...]"(5). Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), ámbito en el cual el derecho a la salud brilla con luz propia, buscan garantizar condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares. Paralelamente, la elevación del mínimo existencial que suponen hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir"(6).

XII.- Finalmente, antes que una valoración errónea de los hechos -como lo interpreta el apelante-, el señor magistrado de la instancia anterior, efectuó una construcción jurídica impecable luego de evaluar las circunstancias sometidas a su conocimiento. La gravedad del cuadro que presenta el amparista, amerita una respuesta rápida de la Obra Social, y si ésta no puede dársele, compete a la jurisdicción tutelar efectivamente el derecho a la salud de la misma. En este contexto, luce incuestionable la resolución adoptada por el magistrado de la instancia anterior.

XIII.- Si bien se halla en vigencia la ley 1068, que declara "la Emergencia del Sistema de la Seguridad Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur por el lapso de dos (2) años, los que se computarán desde la fecha de la sanción de misma" (11-01-2016) y ella, en el artículo 16 establece "En cualquier proceso judicial en los que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte, durante el plazo de la emergencia, se impondrán en todos los casos las costas por su orden", creemos conveniente apartarnos del acatamiento que ha mantenido esta Sala en cuanto a la aplicación lisa y llana del precepto. Si bien "La Corte ha dicho que el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, siempre que sean razonables y no desconozcan las garantías o las restricciones que impone la Constitución, pues no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos: 171:79), toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (doctrina de Fallos: 238:76)" (7), entendemos que "la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad" (art. 51 CCyCN). Hemos observado un incremento de las acciones de amparo, donde la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego, aún ante la gravedad de los diagnósticos médicos, que ponen en inminente riesgo la vida de los amparistas, los obliga a litigar en la necesidad de obtener un pronunciamiento que conmine al organismo a brindar la prestación que permitirá el tratamiento de las distintas patologías. En este contexto, entendemos que un derecho supremo, como lo es el derecho a la vida y a la salud no pueden ser vapuleados, obligando al justiciable a recurrir ante los magistrados, cuando está

en manos de la Obra Social, solucionar el problema. En este contexto resulta aplicable el principio que establece que "las costas como regla general deben imponerse al vencido, porque quien hace necesaria la intervención del Tribunal por su conducta, su acción u omisión, debe soportar el pago de los gastos que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho. Tienen a reparar el patrimonio de quien ha tenido que iniciar una acción judicial para obtener el reconocimiento de un derecho. Por consiguiente, la condena en costas debe hacerse objetivamente; atendiendo principalmente al derecho que tiene el vencedor del pleito para ser resarcido en sus gastos judiciales". Resulta excesivo, pretender que quien padece una patología severa y que se ve obligado a litigar en reconocimiento de su derecho, además soporte los gastos que demanda el acceso a la jurisdicción, cuando su acción ha sido receptada favorablemente. En este contexto, dadas las particularidades del caso en cuestión, proponemos que las costas en esta instancia sean soportadas por la demandada vencida (art. 78.1 CPCC y art. 14 ley 16986).

XIV.- En el desarrollo del análisis nos hemos abocado al tratamiento de las quejas, resaltando que sólo nos detuvimos en los argumentos y pruebas que estimamos conducentes para resolver el presente conflicto (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación 258:304; 278:271; 291:390; 308:584, entre otros). Proponemos al acuerdo: 1) ADMITIR el hecho nuevo denunciado por el actor a fs. 66/68vta. Imponer las costas a la vencida (art. 78.1 CPCC). 2) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego. En razón de lo expuesto en el acápite XIII, imponer las costas a la vencida (art. 78.1 CPCC y art. 14 ley 16986).

2º.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo: 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 cintero 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 cintero 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 cintero 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 5° enmienda en la esfera de la actividad federal, y la 14° 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? (8). 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 otra 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' (9). 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 es control de su constitucionalidad [...]?(10). 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. En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría SENTENCIA 1º.- ADMITIR el hecho nuevo denunciado por el accionante, conforme los argumentos delineados en el acápite VIII. IMPONER las costas a la demandada vencida (art. 78.1 CPCC). 2º.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 56/63vta., en su mérito, CONFIRMAR la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravio. 3º.- IMPONER las costas a la demandada vencida (art. 78.1 CPCC y art. 14 ley 16986). 4º.- MANDAR se copie, registre, notifique y oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen. El juez Francisco Justo de la TORRE no suscribe por hallarse en uso de licencia. Fdo. jueces de cámara: Josefa Haydé MARTIN y Ernesto Adrián LÖFFLER. Ante mi: Marcela Cianferoni - secretaria de Cámara. Reg. Tº VII del libro de Sentencias Definitivas, Fº 1300/1311, año 2017 Notas: (1) Art. 43 de la Constitución Nacional y doctrina de Fallos: 259:196; 263: 296; 267:165 y 324:3602. (2) CSJN, Fallos 306:1453; 308:2632; 310:576; entre otros. (3) "Resulta efectiva para la persona con discapacidad y su familia la judicialización de los reclamos por prestaciones de salud?" Autor: Crisci, Anabella. Publicación: Revista Académica Discapacidad y Derecho - Número 2 - Noviembre 2016 Fecha: 03-11-2016 Cita: IJ-CCXIX-62 - (4) BAZÁN, Víctor "DERECHO A LA SALUD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL - Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema" - Editorial Astrea - 1º Edición - Año 2013 - pág. 90. (5) Bazán, Víctor "Derecho a la salud y justicia constitucional Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema" - Editorial Astrea - pág. 3. (6) Cfr. OSUNA PATIÑO, NÉSTOR, El derecho fundamental a la vivienda digna,

seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial, ¿Derecho del Estado?, n° 14, p. 95.

(7) Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fecha:26-10-2004 Cita:IJ-XIX-168 "Bustos, Alberto R. c/Estado Nacional s/Amparo"

(8) CSJN Fallo ¿Ávico c De la Pesa?

(9) CSJN: ¿Fayt, Carlos Santiago c. Estado Nacional s/

proceso de conocimiento?. 19/08/1999.

(10) Véase CSJN Fallo ¿Peralta?.

023093E