

17603 "P. V. A. - en representación de su hijo menor AFIN- C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE ENTRE RÍOS S/ ACCION DE AMPARO"

Paraná, 8 de agosto de 2016.-

///C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los ocho días del mes de agosto de dos mil dieciséis, reunidos en el Salón de Acuerdos los Sres. miembros de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente Dr. CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ y los Vocales Dres. JUAN CARLOS SMALDONE y CLAUDIA MONICA MIZAWAK asistidos por la Dra. Noelia V. Ríos fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "P., V. A. - en representación de su hijo menor- C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE ENTRE RÍOS S/ ACCION DE AMPARO".-

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. CHIARA DIAZ, SMALDONE y MIZAWAK.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTION: ¿Existe nulidad?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué cabe resolver?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ DIJO:

Conforme a lo establecido en los arts. 16º y 31º de la Ley de Procedimientos Constitucionales (Ley Nº 8369), el recurso de apelación interpuesto en un proceso de amparo, de ejecución y/o de prohibición conlleva el de nulidad y, en su virtud, el tribunal superior deberá avocarse al examen de todo lo actuado con la finalidad de constatar, subsanar o, en su caso, eliminar los vicios invalidantes que se verifiquen.

La parte recurrente no hizo mérito de la existencia de ellos con interés de conseguir concretamente su nulificación en la presente instancia, en tanto el Ministerio Público Fiscal se manifestó expresamente por su negativa (fs.91, apartado II).-

Finalmente, practicado por el Tribunal el examen de lo actuado, no se verifica la presencia de irregularidades que por su entidad y magnitud revistan idoneidad suficiente para justificar una declaración nulificante en esta instancia y, en razón de ello, es menester brindar una respuesta negativa al planteo formulado en esta primera cuestión.-

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, los Dres. Smaldone y Mizawak adhirieron al voto del Dr. CHIARA DIAZ.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

I.- Acerca de la sentencia dictada por la Sra. Jueza de Familia Nº3 de Paraná, Dra. María Eleonora Murga (fs. 61/67), que hizo lugar a la Acción de Amparo interpuesta por V. A. P. en el carácter de representante legal de su hijo afín menor de edad L. A.C., contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) y dispuso que el demandado proceda a la afiliación del menor como adherente del amparista, se disconformó el IOSPER, planteando Recurso de Apelación (fs.76).-

II.- El actor a fs. 18/21, por su propio derecho y con patrocinio letrado interpuso acción de amparo contra el IOSPER, a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad del accionar omisivo de la demandada por no otorgar respuesta alguna a la solicitud de afiliación del menor en el Expediente Nº 222836.01, iniciado el 02/05/16, y a la nota de fecha 10/06/16.-

Expresó que era empleado de la Provincia, con desempeño en el COPNAF y con sus escasos recursos debía proveer los alimentos de su concubina A. E. N. y la de sus hijos biológicos C. R. P. de 15 años, B. V. P., de 2 años, R. E. P. de 1 año y su hijo afín e hijo biológico de su pareja, el niño L. A. C., respecto de quien se formalizó la delegación de la responsabilidad paternal en la Defensoría de Pobres y Menores Nº 2.-

Manifestó que la situación económica familiar era crítica debido a que su concubina se encontraba desocupada y uno de los hijos en común, tenía una capacidad diferente en virtud de padecer: #Anormalidades en la marcha y de la movilidad. Hemiplejía. Falta del desarrollo fisiológico

normal esperado. Hidrocéfalo congénito. Tumor maligno del encéfalo#, conforme surgía del Certificado Nacional de Discapacidad obrante a fs. 10.-

Remarcó que el pedido de afiliación tenía estricto carácter alimentario y hace a la salud, integridad y dignidad de la persona ya que además su hijo afín L. A.C. posee también una capacidad diferente, diagnosticada como #Gastrosquisis# y que requiere atención de su salud.-

Fundó la acción en las previsiones de la Ley 8369 de Procedimientos Constitucionales y en preceptos de la Constitución Provincial y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.-

Acompañó prueba documental y solicitó la producción de prueba informativa en subsidio, manifestando que hacía reserva del #caso federal#.-

III.- A fs. 31/33, el IOSPER contestó el traslado que les fuera corrido, peticionando el rechazo de la acción, por entender que la figura de la delegación de la responsabilidad paternal no se daba en el caso del actor puesto que la hipótesis del art. 674 del Código Civil solo se encuentra reconocida cuando existen razones justificadas (viaje, enfermedad, o incapacidad transitoria), por las cuales el titular no puede ejercerla, lo que no se verificaba en el caso traído a consideración.-

Sostuvo que en virtud de ello se reconoció una verdadera falta de legitimación activa del amparista y pasiva del IOSPER. Remarcó que no se constató una lesión a los derechos del menor y que la Obra Social tenía una reglamentación respecto de las afiliaciones que podía aceptar, no pudiendo subsumirse en la misma el caso planteado en autos.-

En virtud de lo expuesto entendió que no hay norma alguna que le imponga al organismo la afiliación voluntaria interesada, solicitando el rechazo de la acción por inadmisibile.-

IV.- Concedido el recurso de apelación (fs.77), solo el IOSPER hizo uso del derecho acordado por el art. 16 de la Ley N° 8369 de presentar memoriales en la Alzada.-

V.- A fs. 88/90 se expidió la Defensora de Pobres y Menores N° 2, Dra. María Marcela Piterson, subrogando al Defensor General de la Provincia, propiciando el rechazo del recurso y la confirmación del fallo en crisis.-

VI.- A su turno la Señora Procuradora Adjunta de la Procuración General de la Provincia, Dra. Rosa Alvez Pinheiro, a fs. 91/93, analizó la cuestión traída a conocimiento y dictaminó en igual sentido que el Ministerio Pupilar.-

VII.- Reseñados brevemente en los párrafos precedentes las posturas de las partes y del Ministerio Público Fiscal frente al objeto litigioso, es posible ingresar al tratamiento del mismo, teniendo presente que el recurso de apelación en los procesos de amparo, de ejecución o de prohibición, otorga al Tribunal superior la plena jurisdicción, colocándolo en la misma posición del Juez de grado.

VIII- Así perfilada la cuestión a resolver, y teniendo la plena jurisdicción para juzgar la totalidad de los hechos y el derecho acerca de la misma, cabe ingresar al análisis del thema decidendi y desde ya adelante que es trascendente comenzar por verificar la legitimidad de la decisión del IOSPER de no incorporar -como adherente- al hijo de la concubina de un afiliado obligatorio, quien mediante el acta que luce a fs. 12, asumió la delegación paternal que el progenitor biológico del menor le otorgó en los términos del art. 674 del Código Civil.-

Situado en ese ambito considero oportuno recordar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expedirse recientemente in re #GERARD MARIA RAQUEL Y OTROS#, sent. del 12/06/12, recordando los conceptos vertidos por de la Sra. Procuradora Fiscal en una hipótesis similar a la presente, y donde se revocó la sentencia dictada por este Tribunal, en su integración de feria.-

En tal ocasión se estableció:

#&Esa ley -N° 5326-, en cuanto aquí interesa, establece que el instituto tiene por objeto planificar, reglamentar y administrar la promoción, prevención, protección, reparación y rehabilitación de la salud de los "afiliados y su grupo familiar" otorgando los beneficios que enumera el artículo 2°. En ese contexto, en el artículo 3° se indican aquellos titulares que se encuentran obligatoriamente comprendidos en el régimen -incs. a) a c)-, exceptuando sólo a: a) los agentes contratados y los transitorios, cualquiera fuere su denominación, -mientras no hubieren cumplido la antigüedad

mínima de seis meses de servicio ininterrumpido; b) los que por la propia condición de agentes provinciales o municipales se encuentren forzosamente comprendidos en otro régimen nacional similar; c) los que se desempeñen en cargos electivos que manifiesten su voluntad de no ser afiliados; y d) el personal de cualquier jerarquía que preste servicios en corporaciones municipales y goce de servicios de similar alcance a los otorgados por la ley a través de obras sociales o institutos preexistentes que amparan a todo el personal; excepciones, cabe indicar, en las que no se encuentra comprendido el esposo de la actora.

Por otra parte, la Ley Nacional N° 23.660 (de naturaleza federal, Fallos 327:2423) prescribe que quedan incluidos en calidad de beneficiarios de las obras sociales -en lo pertinente- los grupos familiares primarios de los afiliados obligatorios enumerados en el artículo 8° de ese cuerpo legal, & Dicha ley, junto con la Ley N° 23.661, instituyen el llamado régimen para las obras sociales y el Sistema Nacional del Seguro de Salud, respectivamente.

Ahora bien, más allá de la adhesión -o no- de la demandada, V.E. ha dicho que la no incorporación por la obra social al sistema de las leyes N° 23.660 Y 23.661, no determina la ajenidad de la carga de adoptar medidas razonables para lograr el acceso pleno del grupo familiar básico de la afiliada a un sistema asistencial integral (v. doctrina de Fallos 327:2127; entre otros...

En el caso, rechazar la solicitud de incorporación del cónyuge de una afiliada de carácter forzoso del instituto, con fundamento en una resolución secundaria que contradice preceptos que emanan de la ley local principal y de otra resolución dictada con anterioridad, valorando que según consta en la declaración jurada #no desconocido por la demandada- aquél no posee otra obra social, #que pertenece al grupo familiar primario al que hace referencia no sólo el artículo 2° de la ley local de creación del IOSPER sino, como dije, la Ley Nacional N° 23.660, a mi modo de ver, importa, estrictamente, un desmedro de los principios generales que vengo reseñando y negar al peticionante el acceso a una cobertura básica que compete a la obra social prestar y que constituye el objeto de su creación.

(&)En función de lo expuesto, considero que la decisión del IOSPER de rechazar la admisión del señor- ...-sobre la base de normas dictadas por el propio directorio del instituto -más allá de las facultades otorgadas por la Ley Provincial N° 5326 para dictar resoluciones internas que le permitan determinar las personas que podrán ser incorporadas voluntariamente a través del afiliado titular, art. 12, inc. f- desconoce el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes nacionales con plena vigencia a las que debe ajustar su actuar de acuerdo a lo expresado, como así también lo dispuesto por la propia Ley local de creación del Instituto N° 5326 en su artículo 2° en orden a su objeto, restringiendo derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional# .-

Advierto también que el contexto fáctico traído a decisión es similar al resuelto por esta Sala N° 1 en el precedente: "LLANCAMAN, Carlos Daniel y otra C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 26/6/13, caso en el cual mi colega el Dr. Carubia expresó su adhesión a la posición que sustenté en el primer voto, manifestando que: #& el #Manual de consultas# para los beneficiarios de las obras sociales elaborado por la Superintendencia de Servicios de Salud, detalla las diferentes relaciones existentes entre los prestadores del seguro de salud y sus beneficiarios, que varían según el modo de afiliación e incorpora en la categoría de #afiliados obligatorios# a los trabajadores en actividad en relación de dependencia asignados a una obra social determinada, a los pasivos y a los familiares que conforman el grupo familiar primario, integrado por el cónyuge o concubino del afiliado titular, los hijos -en común o no- de ambos, hasta los 21 años (no emancipados) o 25 (si son estudiantes y siguen a cargo del titular) y los hijos incapacitados sin límite de edad, pudiendo también incorporarse como beneficiarios los padres o nietos del titular que se encuentren a su cargo, y las obras sociales deben brindarle a todos ellos los servicios de salud contenidos en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE).-

Por consiguiente, estas consideraciones, sumadas al inequívoco objeto legal del Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (art. 2°, Dec.-ley N° 5326/73, ratif por Ley N° 5480 y modif. por Ley N° 9715) y a las categóricas disposiciones consagradas en los arts. 15, 16, 18 y 19 de la Constitución de Entre Ríos revelan la manifiesta ilegitimidad, en este aspecto, de las Resoluciones

D-Nº 229/10 IOSPER y D-Nº 172/11 IOSPER en cuanto establecen el impedimento de afiliación como #adherente# de un afiliado obligatorio de la obra social a los hijos de su concubina, deviniendo irremediabilmente arbitraria y conculcatoria de los derechos fundamentales de la actora la decisión del IOSPER denegatoria de la solicitud de afiliación formulada, con fundamento en las aludidas resoluciones y, además, tal decisión resulta inequívocamente violatoria de la propia Resolución D-Nº 229/10 IOSPER cuya disposición del art. 7º, inc. c, -invocada para la denegatoria aquí criticada- expresamente admite como afiliados adherentes a los menores bajo guarda judicial, tal el caso de autos (cftr.: fs. 6/vta.) en que el actor Carlos Daniel Llacamán ostenta la guarda judicial de la niña discapacitada Brisa Siomara González, de 11 años de edad (fs. 6 bis), a quien pretende afiliar.-

Tales postulados, me llevan a concluir que la denegatoria de afiliación de la hija menor discapacitada de la concubina del afiliado obligatorio titular y bajo su guarda judicial, al igual que en los precedentes recordados, deviene manifiestamente ilegítima; por consiguiente, el fallo recurrido se revela contrario a derecho y resulta procedente el recurso de apelación articulado por los amparistas en su contra.-

Por todo ello, adhiero sin reservas a la solución que propone el señor Vocal ponente, tanto sobre el fondo de la cuestión cuanto respecto de la imposición de las costas de ambas instancias#.-

Cabe tener en cuenta también lo dicho con contundencia por el Máximo Tribunal Federal quien ha determinado en sintonía con la postura por mi expuesta que #...Si bien en el marco de supuestos fácticos distintos, pero vinculados a la cobertura de prestaciones de salud ha interpretado que toca a los jueces buscar solución que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas e impedir que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar al inicio de un nuevo proceso (cftr Fallos 327:2127: 329:4918: 330:4647:331:563; etc.). En ese plano, la sentencia que rechazó el amparo no apreció, como es menester. la cuestión que la accionante llevó para su consideración dado que, desde que se dedujo el reclamo, la actora hizo saber de la necesidad de que le restablezcan la cobertura médica y se ocupó de acreditar la persistencia de sus problemas de salud e incapacidad, por lo que aquélla deviene "arbitraria y debe invalidarse judicialmente (Fallos 327:5373: 330:5201: entre otros). (Del dictamen de la Procuración General, al que se remitió la CSJN al fallar in re #Recurso de hecho deducido por Quinteros Virginia en la causa Quinteros, Virginia s/ su presentación#, sent. del 23/02/12.-

El mismo Tribunal afirmó que: #el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida# (Fallos 330:4647).-

Recordemos también lo establecido acerca de que #el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales (ver art. 75, incs. 22 y 23, C.N.) involucra no sólo a las autoridades públicas sino, también, en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones locales, obras sociales y entes de medicina prepaga (Fallos: 324:3569; 327:2127: 328: 1708; 329:2552: 330:416).-

En igual sentido se expresó éste Tribunal al expedirse en los autos: "ALVAREZ, Alicia Mabel C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO", por sent. del 14/06/14 decidiendo la afiliación de una menor que se encontraba bajo la tutela judicial de la amparista, quien era hermana de la madre fallecida de la menor cuya afiliación se resolvió en ésta sede, por entender que se estaba en presencia de una institución del Derecho de Familia, cuya finalidad es proteger la persona y los bienes del menor en cuestión.-

Analizado en concreto la decisión motivante, a la luz de tales consideraciones, teniendo en cuenta que se trata de un niño que cuenta con Certificado Nacional de Discapacidad en virtud de sufrir de -Gastrosquisis-, e integra un grupo familiar vulnerable en el que deben atenderse las necesidades alimentarias y de salud de cuatro menores de edad, dos de ellos con Certificado Nacional de Discapacidad, conforme surge de fs. 8 y 10, como así también que solicitada su afiliación al IOSPER, este jamás dio una respuesta, emergiendo acreditado a fs. 41/50 que el trámite está

paralizado desde el 11/05/16, mientras la normativa vigente y el criterio jurisprudencial de este STJER obliga al IOSPER a afiliarse a todos los integrantes de un grupo familiar, aún a aquellos que padezcan enfermedades preexistentes, se ponen de manifiesto que tal conducta deviene manifiestamente arbitraria e ilegítima, en los términos previstos en los arts. 1 y 2 de la Ley N° 8369.-

Finalmente debemos tener en cuenta que se encuentran en juego los derechos de un niño de 8 años de edad y que la Convención de los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/89, aprobada en la Argentina mediante Ley N° 23849, sancionada en fecha 27/9/90 e integrante por su contenido del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de 1994), sostiene precisamente en su art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que: #1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.#, - las negritas me pertenecen.-

Asimismo, el art. 18 de la Constitución Provincial expresa: #El Estado reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad a quien protege promoviendo su desarrollo y afianzamiento. Brinda asistencia especial a la maternidad e infancia& Establece la protección integral de los niños, niñas y adolescentes&# .-

Tal reconocimiento y protección, no pueden quedar en la sola enunciación, sino que por el contrario son normas operativas que imponen su inmediata aplicación y si bien el aquí demandado no fue el Estado Provincial, lo cierto es que su Obra Social, debe implementar las políticas activas que crea convenientes para asistir a los sujetos de la norma, es decir, las familias y sus niños cuando median cuestiones de salud.-

Es igualmente factible recordar que sostuve respecto del tratamiento dado por una institución educativa a una menor que #&Conociendo que ese principio del interés superior del niño o niña es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños, corresponde explorar sobre su materialización en la cotidianeidad de la vida misma de esos pequeños a quienes se les ha destinado.-

Entiendo que se trata de una garantía, y como tal debe funcionar permitiendo que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas como el autoritarismo o el abuso del poder, que ocurren cuando se toman decisiones referidas a ellos, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Este es un concepto triple, es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se hizo primar al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.-

Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.-

Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión (cfr. "DUARTE, Norma Beatriz C/Dirección de Enseñanza de Gestión Privada y otros S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 20/5/14).-

Consecuentemente con todo ello no puedo aquí soslayar los intereses del niño de 8 años aquí involucrado, sino que, por el contrario, debo confrontarlo con las argumentaciones de la Obra Social, que lejos de atender su interés supremo, persistió en este proceso en una mezquina e ilegítima conducta omisiva.-

Entiendo en definitiva que es intrínsecamente injusta la conducta de la demandada que pretende sustraerse de sus obligaciones constitucionales y legales, cuando estaba en condiciones de atenderlas porque se pudo saber a través de una publicación en un medio digital identificado como

La Prensa () publicado el 25 de junio de 2016, que #El resultado del ejercicio 2015 del Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (Iosper) fue positivo en más de 111 millones de pesos ya que hubo recursos por 1.913 millones y gastos por 1.802 millones.

Los recursos ascendieron a 1.913.694.613,23 pesos y los mayores ingresos se registraron por los aportes obligatorios de los afiliados, que sumaron 1.536.099.311,87 pesos. Los aportes voluntarios, en tanto, se elevaron a 29.723.359,63. Otro ítem que se destaca entre los ingresos corresponde al Fondo Voluntario para Servicios Especiales, que ascendió a 160.889.205,85.

También ingresó un total de 511.198,34 pesos en concepto de Intereses por Mora. En tanto, los gastos ascendieron a 1.802.518.731,70 pesos. Entre ellos se destacan los pagos a los prestadores: a Farmacias por 434.074.819,74 pesos; a Sanatorios por 287.173.932,14 y a Médicos por 206.285.745,75. Los reintegros asistenciales, en tanto, sumaron 154.788.243,82 pesos. De este modo, los resultados del ejercicio 2015 fueron positivos por 111.687.079,87 pesos&#-

Las razones que he fundado respaldan mi criterio que se rechace el recurso articulado y se confirme la sentencia en crisis, sin adjudicar costas por no mediar contención (ver informe actuarial de fs. 85).-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Sr. Vocal Dr. SMALDONE, dijo:

Estoy de acuerdo en rechazar el recurso de apelación concedido al demandado.

Según veo, la querella no consigue controvertir el acierto de la selección normativa y el justo criterio que caracteriza el desenlace alcanzado por la juzgadora de origen. Por eso, ningún agravio será atendido.

La Corte IDH, en el caso "Atala Riffo y Niñas v. Chile", del 24/2/2012, interpretó que en la Convención sobre los Derechos del Niño no está determinado un concepto cerrado de familia. Tampoco hay definición para proteger solamente un modelo de familia tradicional. Hoy, el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y abarca o comprende otros lazos familiares en cuyo seno se desarrolla o comparte una vida en común por fuera del matrimonio. (conf. Decreto Reglamentario del año 2006, de la Ley n° 26061).

La CSJN, por su parte, cuenta con antecedentes jurisprudenciales donde habilita que los jueces plasmen -tal como acontece en autos con la legislación decimonónica argüda por el demandado- una interpretación extensiva de la letra fría de la ley cuando su contenido sea estrecho o limitado a fuerza de no contemplar situaciones que estrán dentro de la finalidad tenida en mira por el legislador. (cfr. Fallos 182:486; 200:165; 367:4241; entre otros).

Por tanto, sin necesidad de otras indagaciones, debe confirmarse la sentencia que puso fin a la instancia de origen; con costas al vencido por aplicación rigurosa del art. 20, de la LPC.

A su turno la Señora Vocal Dra. MIZAWAK manifiesta que hace uso de la facultad de abstención que le confiere el art. 33° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia: Carlos Alberto Chiara Díaz - Juan Ramón Smaldone - Claudia M. Mizawak.

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1°) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2°) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 76 contra la sentencia de fs. 61/67, la que, por los fundamentos de la presente, se confirma.-

3°) SIN COSTAS en esta instancia por no mediar contención.-

Protocolícese, notifíquese y, en estado bajen.-

Firmado Dres.: Carlos Alberto Chiara Díaz - Juan Ramón Smaldone - Claudia M. Mizawak. Ante mí: Noelia V. Ríos -Secretaria--

ES COPIA

//C U E R D O:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veinticuatro días del mes de mayo de dos mil diecisiete, reunidos en el Salón de Acuerdos los Sres. miembros de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente Dr. DANIEL OMAR CARUBIA y los Vocales Dres. MIGUEL ANGEL GIORGIO y CLAUDIA MONICA MIZAWAK asistidos por la Dra. Noelia V. Ríos fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "P., V. A. - en representación de su hijo menor- C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE ENTRE RÍOS S/ ACCION DE AMPARO".-

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. GIORGIO, CARUBIA y MIZAWAK.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó la siguiente cuestión:

¿Es procedente el recurso extraordinario planteado por la parte demandada?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR

VOCAL DR. GIORGIO DIJO:

I.- Por medio de apoderada #Dra. Ruth Venutti- la parte demandada, Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER), interpone recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 107/119), contra el pronunciamiento de este Superior Tribunal provincial de fs. 98/102 que rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada confirmando la sentencia de fs. 61/67, que hizo lugar a la acción de amparo promovida por V. A. P.contra el recurrente Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos, condenando a éste a que en un plazo no mayor de cinco días proceda a la afiliación de L.A. C.como adherente del nombrado.-

Luego de enunciar y tener por cumplimentados los recaudos inherentes a la procedencia formal y sustancial del recurso extraordinario, procedió a reseñar las circunstancias relevantes del caso, efectuando un racconto de: la demanda, la contestación de la misma, la sentencia de primera instancia y la definitiva que ataca por esta vía, desarrolla su crítica a la sentencia puesta en crisis y la calificó de "arbitraria", porque la actora no probó los extremos invocados. Además interpretó que no resultan aplicables las Leyes Nacionales N° 23660, N° 23661, violando asimismo los principios de igualdad ante la ley y defensa en juicio.-

Recriminó a esta Excma. Sala no haber considerado que el menor -hijo de su concubina- no se encuentra obligatoriamente comprendido en el régimen del Decreto Ley N° 5326 ratificado por Ley 5480 y que posee ambos progenitores que son quienes deben velar por garantizar su salud, por lo que también se produce una lesión patrimonial a esa obra social que repercutirá en desmedro de los restantes afiliados a la misma.-

Sostuvo en síntesis, que la sentencia definitiva dictada en autos es arbitraria en términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y viola las disposiciones de los arts. 18, 19 y 31 de la Constitución Nacional, así como de una gravedad institucional injustificada, por encontrarse comprometida la subsistencia de un sistema de seguridad social.-

Finalmente, peticona se conceda el presente recurso y se lo remita a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

II.- Corrido traslado de ley, compareció #fs. 125/127- por derecho propio el actor, quien en respuesta a tal pretensión solicitó se declare inadmisibile el recurso interpuesto en virtud de no configurarse la cuestión federal #conforme el art. 14 de la Ley 48.-

Argumentó que el caso de autos se centra en la falta de adaptación de los reglamentos de afiliaciones a la normativa estipulada por el Código Civil y Comercial y refirió a la estructura piramidal de las leyes, concluyendo que en la sentencia impugnada no se da ninguno de los supuestos de arbitrariedad ni se lesiona el interés financiero de la recurrente ya que la afiliación del niño es devengada de los haberes del progenitor afín.-

Culminó peticionando no se habilite la vía del recurso extraordinario por no darse los presupuestos mencionados anteriormente.-

III.- Por su parte, el Ministerio Público Fiscal (fs. 129/130 vta.) analizó las posiciones de las partes, concluyendo que la demandada reitera las defensas esgrimidas al contestar el informe del art. 8 de la L.P.C. que fueron analizadas ya por el Tribunal; consideró que no se satisfizo la exigencia de autosuficiencia del recurso extraordinario y que no se desarrollaron argumentos demostrativos de la vulneración de preceptos constitucionales por lo que entendió que la sentencia no puede ser tildada de arbitraria fundando tal opinión.-

En relación a la causal de gravedad institucional que introduce el recurrente, resaltó que no se aportaron pruebas tendientes a demostrar el perjuicio institucional al que refiere; por dichas razones propició el rechazo del recurso extraordinario.-

IV.- Sintetizadas así las diferentes posturas partivas y oído él representante del Ministerio Público Fiscal entiendo necesario recordar lo expresado respecto a que la cuestión federal debe ser planteada en la primera oportunidad posible y sostenida en todas las instancias, desde que tanto la aceptación como el rechazo de las pretensiones debatidas en juicio constituyen hechos previsibles y la finalidad de tal reserva es conferir a los jueces de la causa oportunidad para ponderar la cuestión y juzgar la relación existente en su posible dimensión y el derecho constitucional cuya eventual valoración se invoca.-

En el caso, si bien la accionada ha manifestado hacer reserva del caso federal, tanto al contestar la demanda (cftr.: fs. 33/ vta.), omitiendo toda mención al momento de interponer el recurso de apelación (cfr. fs. 76) y en oportunidad de expresar agravios, en la que únicamente en su petitorio final enuncia: "Téngase presente la reserva de plantear la cuestión federal oportunamente formulada" (cfr. fs. 84 vta.).-

De este modo, estimo que no se encuentra satisfecho el presupuesto de oportuno y eficaz planteo de la cuestión federal, ya que si bien el mismo no necesita fórmulas sacramentales (cfme.: CSJN, Fallos, 228:603; 306:399; 306:979, entre otros) su correcto planteamiento, exige la mención concreta del derecho federal que se estima violentado, requisito que aquí no se encuentra cumplimentado con la mera reserva del caso federal que formula la recurrente para ocurrir en su oportunidad ante la Corte Suprema por vía del art. 14 de la ley 48 (cfme.: CSJN, Fallos, 259:194; 272:57; 304:1724; 311:1804; entre otros) y, en ese sentido se ha expedido el Máximo Tribunal Nacional al precisar que "una correcta introducción de la cuestión federal requiere que se propongan al tribunal de alzada los temas de aquella índole que se le intentan someter. A tal efecto no basta la genérica manifestación consignada por el apelante... en el sentido de que formula reserva del caso federal..." (cftr.: CSJN, Fallos, 302:915).-

Igualmente, no puede dejar de advertirse que los fundamentos del recurso articulado sólo giran en torno a exponer la mera disconformidad del recurrente con la Sentencia sin demostrar la concreta arbitrariedad ya que sólo genéricamente enuncia que agravia derechos constitucionales de los arts. 18, 19 y 31 de la Constitución Nacional.-

Es menester advertir que la naturaleza excepcional de la causal de arbitrariedad que se invoca como motivo habilitante de la instancia extraordinaria, no puede tener por objeto el abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse -tal como lo pretende la recurrente- decisiones que se estimen equivocadas (cftr.: C.S.J.N., Fallos; 295:420 y 618, 304:376 y 268).-

En cuanto a la cuestión de "gravedad institucional" que se aduce, tampoco ha sido correctamente desarrollada ni supera la mera disconformidad con la interpretación de la norma local por parte del órgano judicial sin demostrar una verdadera "cuestión federal" relacionada con el caso que exhiba entidad suficiente para habilitar el acceso a la instancia extraordinaria federal en los términos de los arts. 14 y 15 de la Ley N° 48, por lo que el recurso deviene inadmisibles, correspondiendo a la recurrente soportar las costas devengadas en consecuencia.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Sr. Vocal Dr. CARUBIA expresa su adhesión al voto del Dr.

GIORGIO.-

A su turno la Señora Vocal Dra. MIZAWAK manifiesta que hace uso de la facultad de abstención que le confiere el art. 33° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia: Daniel O. Carubia - Miguel A. Giorgio - Claudia M. Mizawak

SENTENCIA:

Paraná, 24 de mayo de 2017.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1°) RECHAZAR el recurso extraordinario interpuesto a fs. 107/119 por el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos -IOSPER- contra la sentencia de fs. 98/102 vlto..-

2°) IMPONER las costas al recurrente, regular los honorarios profesionales deL Dr. Gino Feresín en la suma de PESOS xxxxxxxx (\$ xxxxxxxxxxxx) .-

Protocolícese, notifíquese y, en este estado bajen.- Fdo. Daniel O. Carubia - Miguel A. Giorgio -
Claudia M. Mizawak - Ante mí: Noelia V. Ríos -Secretaria-

ES COPIA

Noelia V. Ríos

-Secretaria-