En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de abril del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**: " C. M. E. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT - Secretaría de Salud s/ Acción de Amparo" (Expte. 81/18),** venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. N° 139/18), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 328.

A la PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Antecedentes del caso. La Sra. Jueza de grado hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. M. E. C. y condena a la provincia de Chubut en su carácter de Unidad Ejecutora del Programa Federal INCLUIR SALUD, a que dentro del plazo de cinco (5) días, procedan a gestionar y solventar la cobertura del cien por ciento (100%) de la cirugía indicada para la Sra. M. E. C., y se produzca el traslado dentro de dicho plazo en avión sanitario a un Centro de Salud, que cuente con especialistas en cirugía de cabeza, cuello y tórax, dentro o fuera del contexto del programa INCLUIR SALUD, para que se lleve a cabo la intervención quirúrgica por la fistula broncopulmonar que tiene la paciente entre la faringe y laringe, y además de ser procedente, por consejo del cirujano en esa oportunidad, la intervención para la decorticación pulmonar y que cuente además con un plan de manejo

integral nutricional y de rehabilitación neurológica compleja adecuada a la amparista.

Dispuso asimismo que la demandada realice todas las gestiones necesarias para dar cumplimiento con lo dispuesto y dentro del plazo establecido, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de llevarse a cabo lo ordenado de manera particular con costas a cargo de la demandada, además del apercibimiento de ser sancionados con una multa de pesos cinco mil $ 5.000 por cada día se demora en caso de incumplimiento y hasta el momento del efectivo cumplimiento de esta sentencia, suma que se devengará en favor de la parte actora. Sin perjuicio de disponerse de manera urgente la traba de un embargo sobre las sumas que se deberán presupuestar, así como también de disponer eventualmente, el pase de las actuaciones a la Justicia Penal, por posible comisión del delito de desobediencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera corresponder.

En dicho acto jurisdiccional exigió a la parte actora a que vencido el plazo del punto 1°) sin que la demandada haya dado cumplimiento a la resuelto, dentro del plazo de tres (3) días, acompañe un presupuesto que contenga las sumas que resultarían ser necesaria para solventar los gastos de un avión sanitario, los gastos que se deban solventar en algún Centro Médico que cuente con cirujanos con especialidad en cirugía, de cabeza, cuello y tórax, para que se lleve a cabo la intervención quirúrgica por la fistula broncopulmonar, que tiene entre la faringe y laringe y además de ser procedente, por consejo del cirujano la intervención para la decorticación pulmonar, y que cuenten con un plan de manejo integral nutricional y de rehabilitación de la paciente.

Asimismo estableció que deberá informar los datos de una cuenta bancaria a nombre de la provincia del Chubut para efectuar el embargo

correspondiente sobre las sumas previstas presupuestadas, y el CBU y los datos de una cuenta del Centro Médico elegido y de la empresa aérea que realizara el traslado, para efectuar las transferencias correspondientes.

Impuso las costas a cargo de la demandada provincia del Chubut, INCLUIR SALUD y reguló los honorarios profesionales de María Rosa CORRADINI, Ángela COSIMANO, María Esther MURPHY, Daniel Hugo GONZALEZ, Jabier Aníbal DOMINGUEZ e Inés Amalia MARISTANY.

2.- El recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado. A fs. 316 la letrada de la Fiscalía de Estado interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 303/313 y funda el mismo.

En dicho acto procesal expone que la cobertura del 100 % a la que alude la *a quo* le está siendo brindada a la paciente. Manifiesta que no existe razón alguna para que la provincia sea condenada por algo que no fue materia de discusión durante todo el proceso y sobre la cual la actora no presentó queja alguna. Afirma que la pretensión de la amparista se circunscribe única y exclusivamente a la derivación en avión sanitario a un centro de mayor complejidad para proseguir con el tratamiento.

Entiende que se trata de una sentencia *ultra petita,* pues se aparta de lo requerido por la parte, violando así el principio de congruencia procesal.

Afirma que la judicante de grado no conoce lo que se viene haciendo desde el propio Hospital Zonal y desde el Programa Incluir Salud por la amparista, sin desconocer que no se ha logrado hasta el momento la
derivación de la paciente.

Explica que del convenio multilateral celebrado entre el Ministerio de Salud de la Nación y la Provincia del Chubut, se desprende de la cláusula novena que “La provincia brindará la atención médico integral comprometida a

través del sector público y sólo en razón de una limitación de la capacidad instalada o de complejidad del sector podrá otorgarla con prestadores privados bajo su exclusiva responsabilidad y control".

Dice que de la propia letra del convenio surge que se permite la derivación a un centro asistencial privado, siempre dentro de los beneficios del programa.

Describe el Programa Incluir Salud y manifiesta que la judicante de grado debió haberse interiorizado del caso permitiendo la declaración testimonial del coordinador de ese programa, y permitir las explicaciones en la audiencia del Director del Hospital y del médico tratante de la paciente, lo cual lesiona el derecho de defensa en juicio.

Agrega que la salud de la Sra. C. ha ido evolucionando.

Explica que no se ha incumplido ningún deber legal y que la cuestión de la falta de derivación se debe a circunstancias ajenas a la provincia y al programa Incluir Salud, no obstante la paciente ha sido y aún sigue siendo atendida en su patología en forma integral y gratuita en el Hospital Zonal.

Expone que la provincia nunca se escudó en cuestiones económicas, ni siquiera invocó la ley de emergencia, sin que ello signifique negar la grave situación que atraviesa.

Afirma que la Sra. Jueza de grado no tomó en cuenta los argumentos vertidos al contestar la demanda ni la prueba producida, restringiendo por el contrario imperio el derecho de defensa en juicio al no llamar al testigo ofrecido por la parte y que el Estado Provincial en su carácter de Unidad Ejecutora del Programa Federal Incluir Salud, está cumpliendo con su deber legal mediante acciones positivas y legales, las que no pueden ser sometidas al arbitrio judicial en cuanto a plazo y modo para cumplirlo. Entiende que el

plazo de 5 días previsto por la sentencia de grado es arbitrario y sin fundamento técnico.

En cuanto al segundo agravio se queja en que la aquo considere los argumentos esgrimidos por esa parte y la actitud de brindar derivación solo a los centros que abarca el Programa Federal de Salud configura un accionar "injustificado y arbitrario" y que ello significa un apartamiento del principio de legalidad impuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional y la normativa vigente respecto de las personas con discapacidad.

Expone que no existió ni obrar injustificado ni arbitrario ni una omisión de efectuar acciones positivas. Expresa que no se puede por vía de un fallo judicial modificar lo que no ha sido objeto de la *litis* ni torcer lo establecido en el Convenio Multilateral entre Nación y Provincia respecto al programa Incluir Salud y menos aun cuando la amparista es una afilada.

Entiende que no se trata de derivar a la paciente por la derivación misma, sino de encontrar un lugar óptimo para su recuperación mientras se le están brindando todos los servicios médicos con los que cuenta el estado y el programa Incluir de salud.

Entiende que imponiendo un plazo de 5 días se está invadiendo la esfera de atribuciones que por Constitución corresponde a ambos poderes.

Sostiene que es un yerro que la *a quo* considere que la actitud asumida por el Programa Incluir de Salud no es ilegal pero si arbitraria. Explica que si la conducta del Programa Incluir de Salud no es ilegal, menos aún es manifiesta, por lo que carece de lógica el fallo de condena.

Entiende que no se dan los requisitos de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, conforme surge de las pruebas de la causa y de las que la judicante de grado rechazó que se produzcan.

Precisa que el Poder judicial no puede menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, su control no alcanza a la conveniencia o inconveniencia con la que otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas.

Concluye que resulta equivocado el razonamiento del *a quo* respecto a dejar entrever que al Poder Judicial le corresponde analizar la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder Administrador a la hora de garantizar

el ejercicio del derecho a la salud.

Se agravia asimismo de la multa dispuesta por la judicante de grado. Considera que de la redacción parecería que el fallo ha quedado firme al momento de su suscripción, cuando se encuentra transitando el proceso de ejecución de sentencia, pues de otra forma no se entiende el porqué de tal condena, que abarca incluso los datos de una cuenta bancaria perteneciente a la provincia a los efectos de trabar embargo.

Entiende que en el marco de una acción de amparo no se pueden imponer sanciones conminatorias en la condena en razón de lo dispuesto por el art. 37 del ordenamiento procesal.

Agrega que la imposición de una multa no es automática, con mayor razón cuando en autos no existe una resolución que la haga efectiva.

Expone que el fallo no se encuentra firme por lo que no pueden ser liquidadas válidamente ninguna suma de dinero proveniente de una multa, correspondiendo ello a otra etapa procesal y bajo determinadas

circunstancias, tal como establece el art. 37 del CPCC.

Concluye sosteniendo que no se está frente a un incumplimiento, ni se ha iniciado el proceso de ejecución, ni se ha liquidado el importe a abonar en concepto de multa, razón por la cual no corresponde incluirlas dentro de la sentencia de una acción de amparo.

3.- Suficiencia técnica del recurso. En virtud de lo establecido por el art. 268 CPCC pesa sobre la apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que considera desatinadas, mediante la indicación detallada de los yerros y demás deficiencias que pudiera recriminarse a la sentencia en crisis. El memorial de agravios debe ser autosuficiente y bastarse a sí mismo.

Los agravios vertidos por la parte actora rozan los umbrales de la deserción pues constituyen una crítica endeble del fallo de grado, pero para garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a la doble instancia como asimismo el derecho de defensa en juicio analizaré los que estimo cumplen con los recaudos mínimos para su tratamiento.

4.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F,

Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y daré contenido descriptivo a cada uno de ellos.

5.- Tratamiento de los agravios. Abordaré los agravios separándolos en los siguientes temas troncales: la relevancia singular del derecho en juego, las pretensiones satisfechas, la condena infundada, el fallo extra *petitia*; la existencia de accionar injustificado y arbitrario. La falta de requisitos previstos en el art. 3 de la Ley V – 84, y las sanciones conminatorias impuestas.

5.1.- Cuestión preliminar. La relevancia singular del derecho en juego. Como consideración preliminar debo señalar que se encuentra en juego en los presentes actuados el derecho a la salud de la Sra. M. E. C., que en su espectro normativo se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), entre ellos, el art. 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de los derechos del Hombre, entre otros).

El derecho de la salud, como derecho humano, incluye en este contexto, tanto la garantía de acceso a los servicios de salud y asistencia médica, como el derecho a otras condiciones esenciales y determinantes de la salud (Ver: Observación general sobre el derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

5.2.- Pretensiones satisfechas. Condena infundada. Fallo *extra petitia*.

5.2.1.- Las prestaciones satisfechas. Expone la apelante que la cobertura del 100 % a la que alude la *a quo* le está siendo brindada a la paciente. Manifiesta que no existe razón alguna para que la provincia sea condenada por algo que no fue materia de discusión durante todo el proceso y sobre la cual la actora no presentó queja alguna. Afirma que la pretensión de la amparista se circunscribe única y exclusivamente a la derivación en avión sanitario a un centro de mayor complejidad para proseguir con el tratamiento.

Estas aseveraciones carecen de toda lógica en razón a las constancias de autos, pues tanto la documental de fs. 07/08, 102/103, 112/118, 172/199, 206/212 y 215/298, como los informes de fs. 129/130, 136 y 164, dan cuenta de la necesidad de derivación y traslado de la paciente por vía aérea a un centro de alta complejidad por el estado grave de la misma. La Sra. C. es una paciente compleja, inmuno-deprimida y con patologías múltiples cuya posibilidad de traslado **eficiente en tiempo oportuno** posee altas probabilidades de decrecer con el correr del tiempo.

Es por ello que el retardo en el traslado representa el claro incumplimiento de una obligación central del Estado Provincial, cual es garantizar el derecho a la salud y por sobre todo el derecho a la vida, -en este caso-, a la afiliada/beneficiaria del Programa Federal Incluir Salud.

Recordemos que las obligaciones Estado Provincial en su carácter de Unidad Ejecutora del Programa Federal Incluir Salud no se circunscriben a las previstas en la letra contractual, sino que derivan de obligaciones implícitas de carácter superior, tales como la garantía del derecho a la salud y del derecho a la vida de los ciudadanos provinciales. (arts. 18 inc. 1 e inc. 2 de la Const. de Chubut).

5.2.2.- La petición *ultra petita*. Entiende la apelante que se trata de una sentencia *ultra pettita*, pues se aparta de los requerido por la parte, violando así el principio de congruencia procesal. Fallar *ultra petita*, significa resolver "*por encima de lo que se ha pedido*", es decir, el Tribunal concede más de lo que se ha pedido o falla sobre puntos que no se le han sometido a consideración. Desde mi razonamiento nada de ello ha ocurrido en autos, pues como vengo sosteniendo la Sra. Jueza de grado condena a la provincia del Chubut en su carácter de Unidad Ejecutora del Programa Federal INCLUIR SALUD, a que dentro del plazo de cinco (5) días, proceda a gestionar y solventar la cobertura del cien por ciento (100%) de la cirugía indicada para la Sra. M. E. C., y se produzca el traslado dentro de dicho plazo en avión sanitario a un Centro de Salud, que cuente con especialistas en cirugía de cabeza, cuello y tórax, dentro o fuera del contexto del programa INCLUIR SALUD, para que se lleve a cabo la intervención quirúrgica por la fistula broncopulmonar que tiene la paciente entre la faringe y laringe, y además de ser procedente, por consejo del cirujano en esa oportunidad, la intervención para la decorticación pulmonar y que cuente además con un plan de manejo integral nutricional y de rehabilitación neurológica compleja adecuada a la amparista.

Ello se encuentra en concordancia (congruencia procesal) con lo solicitado en la demanda en el punto II (Objeto), donde la amparista requiere que se

disponga la cobertura total (100 %) de derivación urgente en avión sanitario a un centro de mayor complejidad especializado en cirugía torácica para resolución definitiva del fistula pulmonar. (Ver: fs. 78, pto. II Objeto)

5.2.3.- Las gestiones realizadas. Afirma la quejosa que la judicante de grado desconoce lo que se viene haciendo desde el propio Hospital Zonal y desde el Programa Incluir Salud por la amparista. Al reconocer la accionada que hasta el momento no se ha logrado el traslado efectivo de la paciente, la afirmación primigenia deviene irrelevante en estos actuados, justamente porque el objeto de la presente acción reposa en el cumplimiento eficiente de la mencionada prestación asistencial colateral.

5.2.4.- El convenio multilateral celebrado entre el Ministerio de salud de la Nación y la Provincia de Chubut. Dice la apelante que de la propia letra del convenio multilateral celebrado entre el Ministerio de Salud de la Nación y la Provincia de Chubut surge que se permite la derivación a un centro asistencial privado, siempre dentro de los beneficios del programa, y entiende que no se ha incumplido ningún deber legal y que la cuestión de la falta de derivación se debe a circunstancias ajenas a la provincia y al programa Incluir Salud.

He de señalar, con relación a esta manifestación, que la misma resulta inexacta pues el convenio multilateral referenciado, -como todo convenio público-, no se agota solo en su letra, sino que se integra e interpreta con normas nacionales e internacionales tales como las que han sido referenciadas en el primer acápite de tratamiento de los agravios. (Ver JALIL, Julián Emil, "la integración contractual frente a la desintegración sistemática de la codificación civil. Paradigma de una contradicción semántica", ponencia presentada en la Jornadas Nacionales de Derecho Civil

de celebradas en Córdoba. (Septiembre de2009)). Asimismo: PICASSO, Sebastián. "Perfiles actuales de la responsabilidad contractual" En Revista Foro de Derecho Mercantil. Ed. Legis. 2007. Pag. 47.BETTI, Emilo. "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos". *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1.975. Pág.269. FACCO, Javier Humberto. "La integración del contrato". *Doctrina Judicial La Ley*. Año XXV, Nª 1, Enero de 2009. Pag. 3. DE LORENZO, Miguel Federico. "La interpretación de los términos claros del contrato (In clrisnonfitinterpretatio: un principio carente de utilidad" En *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, homenaje al profesor doctor Roberto M. LOPEZ CABANA*; AMEAL Oscar J. (Director); TANZI, Silvia (Coordinadora). Ed Abeledo Perrot; Bs As. Pag 623. SACCO Rodolfo – DE NOVA, Giorgio, *ilcontratto* Tomo II, Torino, 1993, Pág. 382.PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francé*s. Tomo Sexto. Las Obligaciones. (Primera Parte). Traducción de Mario DIAZ CRUZ. Ed. Cultural S. A. Habana. 1936. Pág. 350).

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquella, que se resguardan en normas de la más alta jerarquía. Es por tal motivo que no debe ser cercenado ningún derecho fundamental por un sustrato normativo convencional, menos aun cuando se trata de la salud de una ciudadana chubutense cuya protección goza de jerarquía constitucional.

Concluyo en que se debe dar prioridad al derecho a la salud antes que al formalismo legal, las prestaciones médicas no pueden valorarse únicamente desde el punto de vista de la conveniencia económica, pues tiene un innegable fin social, al cual deben cumplimentar conforme a la normativa constitucional imperante.

5.2.5.- La cuestión de índole económica. Expone la quejosa que la provincia nunca se escudó en cuestiones económicas, ni siquiera invocó la ley de emergencia, sin que ello signifique negar la grave situación de la provincia. Sin perjuicio de que resulta loable la aclaración de la demandada, advierto que los motivos de la falta de traslado de la amparista no devienen relevantes ni gravitantes en los fundamentos del decisorio final al que arribó la Sra. Jueza degrado, por lo que no ameritan su tratamiento en esta instancia.

5.2.7.- Los elementos probatorios avalados por la Sra. Jueza de grado. Afirma la quejosa que la Sra. Jueza de grado no tomó en cuenta los argumentos vertidos al contestar la demanda ni la prueba producida, restringiendo por el contrario imperio el derecho de defensa en juicio al no llamar al testigo ofrecido por la parte y que el Estado Provincial en su carácter de Unidad Ejecutora del Programa Federal Incluir Salud.

Considero que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador de grado, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente a tal efecto que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que no hayan sido computadas.

La preferencia del juez por unas pruebas respecto de las otras no viola las leyes que rigen su valoración. (Ver: CACR, Sala A, en autos: "C. V. R. c/ C., M. A. y otro s/ Sumario Daños y Perjuicios", Expte. No. 13.865/03, sent. de fecha 20/02/04, Reg. N° 01/2004, y esa misma Sala en autos: "R. M. A. c/ M. E. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", Expte. Nro. 10.805/98, Sent. Def. Nro. 52 del 14/12/99. Ver asimismo: SCBA, Ac. ySent., 1977, v.I, p. 344).

5.2.8.- El plazo de 5 días establecido en la sentencia de grado. Considera la apelante que el plazo de 5 días previsto por la sentencia de grado es arbitrario y carece de fundamento técnico. No me caben dudas que el plazo dispuesto por la Sra. Jueza de grado, resulta idóneo para dar cumplimiento a la manda judicial, pues como surge de los informes de los médicos forenses Dres. CARDARILLI (fs. 129/130) y BOTTA (136) se aconseja el traslado en un lapso breve (una o dos semanas desde la fecha de sus respectivos informes), tiempo que ya ha trascurrido con creces.

5. 3.- La existencia de accionar injustificado y arbitrario. La falta de requisitos previstos en el art. 3 de la Ley V – 84. Expone la apelante que no existió ni obrar injustificado ni arbitrario ni una omisión de efectuar acciones positivas. Entiende que no se trata de derivar a la paciente por la derivación misma, sino de encontrar un lugar óptimo para su recuperación mientras se le están brindando todos los servicios médicos con los que cuenta el estado y el Programa Incluir de Salud.

Sostiene que es un yerro que la *a quo* considere que la actitud asumida por el Programa Incluir de Salud no es ilegal pero si arbitraria. Explica que si la conducta del Programa Incluir de Salud no es ilegal, menos aún es manifiesta, por lo que carece de lógica el fallo de condena. Entiende que no se dan los requisitos de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, conforme surge de las pruebas de la causa y de las que la judicante de grado rechazó que se produzcan.

5.3.1.- La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. El art. 3 de la ley V Nª 84 establece que *"…toda persona puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente restrinja, altere, amenace o lesione con* ***arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*** *derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución*

*Nacional, la Constitución Provincial, un Tratado o una ley, con la excepción de la libertad corporal en la que corresponde la interposición del Habeas Corpus…".*Como primera consideración corresponde señalar que tanto la dicción ***arbitrariedad*** como la construcción ***ilegalidad manifiesta*** se encuentran separadas por una conjunción disyuntiva, es decir por una "o", y no por un conectivo conjuntivo, como sería la letra "y". Es que la *arbitrariedad* difiere de la *ilegalidad manifiesta*. Esta última presupone un acto contrario a la ley que aparece patente, posee un rostro claro, visible y asequible, mientras que la arbitrariedad deriva de una interpretación equívoca, viciosa o errónea de la realidad jurídica circundante al caso.

De ello se advierte que la Sra. Jueza de grado le ha dado relevancia al carácter ***arbitrario*** de la omisión de la demandada en cuanto al traslado de la paciente, basada en el incumplimiento de la normativa constitucional y supra-constitucional involucrada a la que me he referido oportunamente.

5.3.2.- La inmiscuisión del Poder Judicial en el Poder Ejecutivo. Sostiene la apelante que imponiendo un plazo de 5 días se está invadiendo la esfera de atribuciones que por Constitución corresponde a ambos poderes. Precisa que el Poder judicial no puede menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, su control no alcanza a la conveniencia o inconveniencia con la que otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas. Concluye que resulta equivocado el razonamiento de la *a quo* respecto a dejar entrever que el Poder Judicial le corresponde analizar la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder administrador a la hora de garantizar el ejercicio del derecho a la salud.

Entiendo que en el sistema judicialista que consagra la Constitución argentina en sus artículos 18, 108, 109, 116 y 117 y en el Preámbulo (en cuanto postula el objetivo de "afianzar la justicia") no pueden excluirse, en

principio, porciones de la actividad del Ejecutivo que sean inmunes al control judicial, habida cuenta que dicho control debe ser amplio y suficiente conforme a los principios sentados por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Ver: BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*,Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 37 y ss).

Como expuse oportunamente el concepto de *arbitrariedad* comprende a la omisión o acto contrario a la justicia, a la razón o las leyes. En este orden, lo que ha sido arbitrario es justamente la falta de traslado efectivo de la paciente a un centro de alta complejidad. Desde esta perspectiva, no caben dudas que se trata de una cuestión justiciable, pues escapa a cuestiones de mera oportunidad y conveniencia ya que se encuentra comprometido un derecho superlativo, como el derecho a la salud.

5.3.3.- Las sanciones conminatorias. Considera la quejosa que de la redacción parecería que el fallo ha quedado firme al momento de su redacción, cuando se encuentra transitando el proceso de ejecución de sentencia, pues de otra forma no se entiende el porqué de tal condena, que abarca incluso los datos de una cuenta bancaria perteneciente a la provincia a los efectos de trabar embargo. Entiende que en el marco de una acción de amparo no se pueden imponer sanciones conminatorias en la condena en razón de lo dispuesto por el art. 37 del ordenamiento procesal.

Agrega que la imposición de una multa no es automática, con mayor razón cuando en autos no existe una resolución que la haga efectiva. Expone que el fallo no se encuentra firme por lo que no pueden ser liquidadas válidamente ninguna suma de dinero proveniente de una multa, correspondiendo ello a otra etapa procesal y bajo determinadas circunstancias tal como establece el art. 37 del CPCC.

Concluye sosteniendo que no se está frente a un incumplimiento, ni se ha iniciado el proceso de ejecución, ni se ha liquidado el importe a abonar en concepto de multa, razón por la cual no corresponde incluirlas dentro de la sentencia de una acción de amparo.

He definido a las astreintes o sanciones conminatorias como una condena de contenido patrimonial impuesta por el judicante en una situación jurídica concreta, cuya perspectiva teleológica reposa en torcer la posición reticente de un deudor a cumplir con una decisión jurisdiccional que implica para éste, un deber jurídico concreto. (Ver JALIL, Julián Emil, en: HERRERA, Marisa. CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo III. Ed. Infojus-Ministerio de Justicia de la Nación. Buenos Aires. 2015. Pág. 101).

Estas sanciones gozan de una **doble función**, por un lado implican, al momento de que el Juez las imponga ante el caso de reticencia, una verdadera función **conminatoria**, pues la finalidad de ésta consiste en constreñir al deudor al cumplimiento, es decir su objetivo tiene un carácter preventivo. Pero en una segunda etapa tiene un objetivo estrictamente **sancionatorio**, el cual deriva del incumplimiento objetivo de la conducta a seguir impuesta por la manda jurisdiccional. (Ver JALIL, Julián Emil, en: HERRERA, Marisa. CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián. *Código Civil…* Ob. Cit.Pág. 102).

La decisión de la Sra. Jueza de grado constituye una proposición jurídica compleja. Como dice KELSEN no se puede dar cuenta cabal, en términos verbales, de lo que es una preposición jurídica completa sin formular una especie de norma doble, integrada por una norma primaria y una secundaria. (KELSEN, Hans.*Teoría pura del derecho*. Ed. Purrúa. 1995. Pag. 69). Para el jurista, la proposición normativa se integra de la norma primaria que describe la conducta a seguir -en ese caso el cumplimiento de la manda

judicial en el plazo establecido-, y la norma secundaria que determina la consecuencia ante la trasgresión del enunciado que se precede, es decir, la aplicación de astreintes.

Entonces, siguiendo a los Maestros AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA dada una cierta conducta de un hombre, debe ser un acto coactivo por parte de un órgano jurisdiccional del Estado (pena o ejecución forzada). (AFTALIÓN, Enrique R. GARCÍA OLANO, Fernando, VILANOVA. José. *Introducción al derecho. Nociones Preliminares. Teoría General*. Ed. El Ateneo. Buenos Aires. 1960. Pág. 211).

Lo expuesto reproduce la funcionabilidad de las sanciones conminatorias en el campo resolutivo, es decir, ellas deben estar compuestas de tres elementos esenciales: uno subjetivo: el destinatario, uno objetivo: la descripción del comportamiento, y otro coactivo: la sanción legal ante la trasgresión de la manda. Como aduna COSSIO dicho pensamiento puede ser resumido en "dado A debe ser P", es decir, se estatuye determinado comportamiento a personas determinadas y ante circunstancias específicas.

Desde esta arista, las argumentaciones de la demandada carecen de sustento jurídico, toda vez que la imposición de estas multas gozan de asidero legal (Art. 37 del CPCC y art. 804 del CCyC) y han sido correctamente dispuestas por la Sra. Jueza de grado ante el retardo en el incumplimiento de la orden judicial en tiempo oportuno.

6.- Conclusión. En razón de los argumentos expuestos corresponde rechazar los agravios esgrimidos por la demandada y confirmar la sentencia en todo cuanto haya sido materia de agravios.

7.-La imposición de costas con relación a las partes intervinientes. Con relación a la imposición de costas, es de señalarse que las mismas no responden a una cuestión matemática sino que obedecen a factores o elementos de juicio, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un

papel preponderante. Vale decir, que su exención sólo debe acordarse excepcionalmente cuando medien razones muy fundadas, por ello el instituto debe ser aplicado con criterio restrictivo.

Desde esta perspectiva, la imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. deverific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010). En este orden, corresponde imponerlas en esta Instancia al apelante perdidoso, ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento del derecho. (Conf. art. 69 del CPCC).

8.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en Segunda Instancia. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al no ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria (conf. Art. 46 últ. Párr. Ley XIII N° 4), dicha regulación se efectuará en JUS

Por ello, corresponde regular los honorarios de la abog. Inés Analía MARISTANY en 8 JUS y de las abogadas María Rosa CORRADINI y Angela COSIMANO en conjunto en 12 JUS más el IVA, si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

En razón de los argumentos expuestos voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián Emil Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, corresponde remitirme a los mismos en orden a la brevedad y encontrándose cumplimentados los recaudos de ley que permiten me avoque directamente a responder los agravios de la apelante, procederé a ello.

2 – Cuestión previa

Si bien es cierto que la demandada recurrente mezcla en su recurso críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que -respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema- cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos. Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario -conforme lo vengo diciendo ante situaciones similares- plantear esta cuestión previa. La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* -N° 62.948- y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de la recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y

alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la demandada, pasaré a tratar sus quejas.

3 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.1 – <u>Pretensiones satisfechas – Condena infundada – Fallo *extra petita*</u>

A-) Se dice en la queja que carece de virtualidad condenarla a realizar una acción cuando la misma se está *"cumpliendo"*.

Adelanto a dejar sentado que si la demandada estuviese *"cumpliendo"* o hubiese cumplido con todas las obligaciones y cargas que las leyes y el estado de salud de la actora le imponen para que la misma tenga una respetable y digna calidad de vida, los peritos y demás médicos que intervinieron y declararon en autos sobre su estado de salud, no habrían testimoniado ni dictaminado de la forma en que lo hicieron. Y lo que es más relevante todavía es que, de estar *"cumpliendo"* o de haber cumplido la demandada con todas las obligaciones que el estado de salud de la actora requiere, no sería necesario que esta Alzada esté dictando esta sentencia.

La postura que exhibe la apelante es simplemente un "argumento" que expone en defensa de su posición, pero en modo alguno alcanza el mismo la categoría de un "agravio", según he explicado en el punto anterior.

Es a todas luces evidente que las obligaciones que está cumpliendo la demandada y la atención que se le está brindando en el Hospital local no son suficientes para afrontar todas las necesidades, terapias, tratamientos,

intervenciones, cuidados especiales, etc., que impone y requiere el estado de salud de la actora/paciente. Y esto que aquí digo es lo que han dicho hasta el cansancio todos los médicos que han declarado o presentado informes durante este proceso, lo cual no ha merecido ninguna objeción seria y científica por parte de la recurrente.

Por otra parte, la a quo ha sido muy clara en su decisión en crisis al dejar sentado que está acreditado que **la Sra. C. se encuentra al momento del dictado de la sentencia en una sala general del Hospital Isola y requiere la derivación por vía aérea a un Centro Médico que cuente con servicios, experiencia y casuística que interactúen en forma multidisciplinaria en terapia intensiva, cirugía especializada en tórax, cabeza y cuello, servicio de rehabilitación (kinésica, fonoaudiológica y deglutoria) y servicio de nutrición, para un tratamiento definitivo en forma multidisciplinaria de su patología de base y de rehabilitación neurológica completa y que resulta necesario resolver el problema de las traqueostomía crónica de la paciente, previa intervención quirúrgica del cuello, con cirujanos especialistas en cabeza y cuello, para comenzar a descomplejizar su situación** (conf. fs. 303).

La situación es que, si bien en el Hospital local se le están brindando todas las atenciones y realizando los tratamientos e intervenciones posibles conforme las posibilidades técnico-científicas y profesionales con que el mismo cuenta, resulta necesario, esencial e indispensable que la paciente continúe siendo atendida en un centro médico de mayor complejidad donde se le puedan ir tratando y solucionando todos los cuadros que su estado de salud presenta. Por lo tanto, es clarísimo que la demandada en modo alguno está *"cumpliendo"* con todo lo que la salud de la actora requiere y de allí la improcedencia de lo que se afirma en el agravio.

Con relación a la necesidad de la atención en otro centro médico, la sentencia también ha sido terminante al decir que **no está discutido el diagnóstico y la necesidad con carácter urgente de la intervención quirúrgica que requiere la Sra. C. en un Centro Médico que cuente con cirujanos especialistas en cabeza, cuello y tórax, para revertir la fístula que tiene entre la faringe y laringe y que mientras ello continúe no pueden descomplejizar su cuadro y avanzar con la rehabilitación para lograr el proceso de decanulización y retirar la traqueostomía y continuar con la rehabilitación por las secuelas del accidente cardiovascular que ha tenido la paciente** (conf. fs. 303).

En concordancia con lo que hasta aquí vengo diciendo, la sentenciante menciona también en su decisión el informe elaborado por el Dr. Daniel Cardarilli (Médico Forense) quien evaluó a la actora en el Servicio de Terapia Intensiva del Hospital local. En el punto que hace al centro médico que el estado de salud de la actora requiere para su debida atención, el profesional dijo: ***"…La necesidad de la derivación a un centro de mayor complejidad está dada, en función a los requerimientos generales ya explicados precedentemente, en una paciente compleja, inmuno-deprimida, con patologías múltiples, siendo necesario la atención en un centro que cuente con servicios de experiencia y casuística que interactúen de forma multidisciplinaria en terapia intensiva, cirugía especializada en tórax, cabeza y cuello, servicio de rehabilitación (kinésica, fonoaudiológica, deglutoria) y servicio de nutrición. En este momento se encuentra en condiciones aceptables para efectuarlo, requiriendo que se haga efectiva, en un lapso no mayor de 1 a 2 semanas…"*** (conf. fs. 304).

Advierto que ninguno de todos y cada uno de los informes y de las conclusiones médicas volcadas en este expediente han sido adecuada y científicamente rebatidas por la recurrente.

Con lo hasta aquí expuesto, queda sin sustento la postura de la apelante en cuanto pretende esgrimir y convencer que no era necesario dictar una condena en su contra dado que está *"cumpliendo"* con sus obligaciones. No es así y ello surge de estos autos.

B) Esgrime la recurrente que estamos ante una sentencia *"ultra petita"*, debido a que se apartó de los términos en que quedó trabada la litis, decidiendo de manera diferente a las cuestiones controvertidas, apartándose del principio de congruencia.

Ante la imputación de *"incongruencia"* por parte de la agraviada, corresponde analizar si la sentencia ha violentado el principio de *"congruencia"* al haber sentenciado de la forma en que lo ha hecho en estos actuados.

Genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., *"Derecho Procesal Civil"*, Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el *"thema decidendum"* integrado por pretensiones (principales o reconvencionales) y oposiciones.

Se puede colegir que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada

(incongruencia mixta) (conf. PEYRANO, J.W, *"El Proceso Civil. Principios y Fundamentos"*, Astrea, Bs.As., 1978, pág. 63).

Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución *"ultra petita"* cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución *"citra petita"*, si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial.

Hay incongruencia objetiva *"extra petita"* cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término "cuestión" como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

En definitiva, hablamos de "hacer justicia", y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

En otros términos, **no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso**. Porque, **para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales** (conf. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 3 (Sept.Dic. 1999), *"La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998"*, GONZALEZ MALABIA, Sergio, Universidad de Valencia; cit. por GOZAINI, O.A., *"El principio de congruencia frente al principio dispositivo"*, La Ley 2007-C, 1308).

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, que es objeto del recurso en tratamiento, no ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 165 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Tengo presente en el estudio de esta cuestión y para sostener la conclusión que acabo de expresar, que el objeto y fundamentación de la demanda ha sido claramente expresado en la primera presentación de la actora al decir: *"…Que vengo a promover ACCION DE AMPARO… a fines de que se ordene la cobertura total (100%) de derivación urgente en avión sanitario a centro de mayor complejidad especializado en cirugía torácica para resolución definitiva de fístula pulmonar…"* (fs. 78); *"…**Me encuentro a la espera de derivación urgente en avión sanitario a centro de mayor complejidad especializado en cirugía torácia para resolución definitiva de fistula pulmonar**…"* (fs. 78 vta.); *"…**Que a la fecha de la interposición de la presente acción continúo a la espera de la derivación**…"* (fs. 78 vta.); *"…la Provincia… y PROFE, deben prestarme la asistencia médica en condiciones tales que aseguren mi rehabilitación…"* (fs. 80 vta.).

De ninguna manera puede inferirse de lo expuesto por la actora en la demanda que solamente pretende la derivación en un avión sanitario. La derivación en un avión sanitario es una de las peticiones y la misma se complementa ineludiblemente con la necesidad de que la accionante sea atendida en un centro médico de mayor complejidad para resolver sus problemas específicos de salud, lo cual también fue expresamente peticionado. En ningún momento se especificó en la demanda que el centro

médico de mayor complejidad debía ser prestador o no del Programa Incluir Salud. Y es razonable que no se hiciera esa distinción dado que lo que el estado de salud de la accionante requiere con carácter de urgencia es la atención en un centro médico especializado para su dolencia, sea o no prestador de Incluir Salud.

La postura exhibida por la demandada ante el reclamo de la actora surge con nitidez de las actuaciones y de la sentencia en crisis y no es necesario reproducirla aquí.

En lo que aquí interesa, la a quo ha dicho: *"…Lo que está en debate es si se puede seguir esperando a que aparezca una cama disponible en un Centro de Alta Complejidad que cuente con cirujanos especialistas en cabeza, cuello y tórax, y que resulte prestador de la cobertura INCLUIR SALUD y/o que en su caso, se deba recurrir a otro Centro de Salud, fuera del contexto del programa INCLUIR SALUD. Debe quedar en claro, que la necesidad de la cirugía y su derivación a otro Centro de Salud no ha sido negada, sino que la accionada pretende cubrirla solo a través de los prestadores que integren el programa INCLUIR SALUD. La cuestión reside entonces en determinar si le asiste a la afiliada/beneficiaria el derecho a reclamar la derivación y la intervención a otro Centro Asistencial donde pueda ser intervenida quirúrgicamente, y de manera urgente, o si tan solo la obligación legal de INCLUIR SALUD, por extensión al Ministerio de Salud de la provincia del Chubut, se debe limitar a los prestadores que integren el programa, teniendo que estar a la deriva la Sra. C. y a la suerte de que aparezca una cama disponible…"* (fs. 303/303 vta.).

Esta afirmación de la sentencia no ha sido objeto de agravio por la recurrente. Por lo que ha quedado firme para ella (doct. art. 268 CPCC).

Por lo tanto, si tenemos presente que el principio de *congruencia* comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro

que ello en modo alguno se ha dado aquí, como afirma la apelante. Es por ello que no se encuentra incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a *"las pretensiones deducidas en el juicio"*, lo que significa que la sentencia se ha ajustado al pedimento al haberse pronunciado *"…Condenando a la provincia del Chubut en su carácter de Unidad Ejecutora del Programa Federal INCLUIR SALUD, a que dentro del plazo de cinco (5) días, procedan a gestionar y solventar la cobertura del cien por ciento (100%) de la cirugía indicada para la Sra. M. E. C., y se produzca el traslado dentro de dicho plazo en avión sanitario a un Centro de Salud, que cuente con especialistas en cirugía de cabeza, cuello y tórax, dentro o fuera del contexto del programa INCLUIR SALUD, para que se lleve a cabo la intervención quirúrgica por la fistula broncopulmonar que tiene la paciente entre la faringe y laringe, y además de ser procedente, por consejo del cirujano en esa oportunidad, la intervención para la decorticación pulmonar y cuente además con un plan de manejo integral nutricional y de rehabilitación neurológica compleja adecuada a la Sra. C.…"* (fs. 311 vta./312).

Es por lo dicho que respondo a la agraviada no admitiendo su queja y dejando constancia que el principio de *congruencia* y la garantía de defensa en juicio se conculcan cuando se introducen en el fallo alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena defensa, debiendo entenderse incumplida la exigencia del art. 163, inc. 6°, Cód. Procesal -que corresponde al art. 165, inc. 6° del CPCC Provincial- (conf. SCBA, 21/12/84, L. 34.194, La Ley 1986-B, 601). Lo que no ha ocurrido en este proceso.

Tampoco puedo compartir el agravio cuando dice que *"…lo único que se solicitó era la derivación en avión sanitario y la cobertura del 100%..."* (fs. 318), pues ya hemos visto que no es así.

Además, tampoco le asiste razón a la queja debido a que no surge de las actuaciones en estudio que la sentenciante haya introducido indebidamente en el pleito articulaciones ajenas a los planteos de las partes, constituyendo una innovación "ex oficio" relevante en la litis y provocando un cambio en la suerte de la controversia. Obviamente, tampoco se encuentra ello demostrado por la agraviada en su queja.

Afirmo, en contra de los dichos de la demandada, que al sentenciar no se ha incurrido en un vicio que afectara su derecho de defensa. O sea, de ningún modo se ha mostrado que haya existido un absoluto desvío de la pretensión de la actora con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose de esa manera un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes. Con lo que resulta más que claro que la decisión judicial no se pronunció sobre un tema o materia no debatido oportunamente en el y respecto del cual, por consiguiente, las partes no hayan tenido oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

La sentencia trató y resolvió la cuestión sometida a su decisión, tal como quedara trabada la litis, sin desviarse hacia un camino no planteado por las partes en el proceso.

En virtud de lo expuesto, no debe admitirse el agravio de la recurrente en cuanto tilda de *incongruente* a la sentencia en crisis.

Lo planteado en el resto de la queja sobre el programa INCLUIR SALUD y la normativa aplicable; a que la cuestión sea de índole económica o no; a la situación económica de la Provincia y a la necesidad de indicar cuáles son los centros asistenciales adecuados y convenientes para derivar a la actora, son simples "argumentos" expuestos por la demandada que no alcanzan la

categoría de “agravios” y de allí que no logren conmover la decisión recurrida.

3.2 – <u>Existencia de accionar injustificado y arbitrario. Falta de requisitos Art. 3 Ley V-84</u>

A-) Dice en este punto la recurrente: *“…en opinión de esta representación legal en el caso no existió un accionar injustificado y arbitrario ni una omisión de efectuar acciones positivas todo ello surge de las constancias de autos…”* (fs. 321). Conforme la propia expresión de la demandada, estamos ante una simple *“opinión”* de la recurrente y no ante un “agravio” que deba ser analizado. La opinión muestra una postura distinta a la de la sentenciante, pero no alcanza para demostrar la necesidad de revocar su decisión.

También se dice en este punto: *“…desde el ámbito provincial se le está brindando todas las prestaciones médico asistenciales, faltando únicamente la derivación a un centro de mayor complejidad, a pesar que se han efectuado numerosas diligencias al respecto…”* (fs. 321). He dicho ya y está reconocido que en el Hospital local se le está brindando a la actora todo lo que dicho centro médico puede brindarle desde el punto de vista humano y científico, pero -conforme surge de autos- ello no resulta suficiente para las patologías y estado de salud que presenta la actora, siendo indispensable su traslado a un centro de alta complejidad acorde con sus necesidades. O sea, está faltando cumplir con la etapa más importante para la vida de la paciente. La misma recurrente admite que *“…no se trata de derivar a la paciente por la derivación misma, sino de encontrar un lugar óptimo para su recuperación…”* (fs. 321). Pues de eso se trata: de encontrar un lugar apto y acorde con las necesidades que el estado de salud de la paciente exigen. De ello debió preocuparse y ocuparse la demanda, pero hasta el momento no lo ha hecho y de allí emerge con nitidez la arbitrariedad e ilegalidad de su proceder.

B-) La afirmación que se hace en el agravio con respecto a que el fallo carece de lógica, estando ausentes los requisitos mínimos exigidos en la ley de amparo, es una postura personal de la parte que carece de un sustento probatorio que ampare sus dichos; de allí su irrelevancia.

Con respecto a lo que se dice en cuanto a que no se dan en el caso los requisitos de arbitrariedad e ilegalidad requeridos por la Ley V-84 y menos que ella sea "manifiesta", no resiste el menor análisis.

No existen dudas respecto del severo compromiso en la salud que ostenta la paciente, tampoco resulta cuestionable que la misma es afiliada "obligatoria" al programa Incluir Salud. En tal carácter es razonable que la persona afectada pretenda obtener una prestación médica que le permita conjurar el riesgo de vida que supone la dilación en el tiempo de manera indefinida una intervención quirúrgica de severa complejidad y urgencia.

Ello así, la verosimilitud del derecho alegado cobra relevancia, como valor axiológico supremo, a los fines de atender el reclamo terapéutico en la salud en forma urgente para enfrentar su dolencia (arts. 16, 33 y 75 inc. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, XI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; arts. 18 inc. 2, 30 y concs. Constitución Provincial; habiéndolo así también entendido la CSJN en autos: *"Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ Amparo"*, sentencia del 16/05/2006, R. 638. XL).

Ahora bien, la norma constitucional consagratoria del derecho a la salud, es operativa como fuente del correlativo deber de la Provincia de garantizar el acceso a todos sus habitantes, a los máximos estándar de salud y el programa INCLUIR SALUD no es ajeno al mismo.

Es sin duda arbitrario y sin fundamento la extensión temporal durante un plazo incierto para lograr que una afiliada "obligatoria" sea atendida en un centro médico acorde con su seria dolencia.

El cuadro médico de la peticionante está documentado en la causa, así como su necesidad de contar con un tratamiento quirúrgico inmediato y adecuado.

No tengo dudas de que la decisión adoptada por la Sra. Jueza a quo es la solución que, de acuerdo con lo indicado por el médico tratante y demás profesionales que se han expedido durante el proceso, mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección se pretende mediante la acción instaurada -que compromete la salud e integridad física de las personas (CSJN, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos humanos y el art. 12, inc.2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la C.N.; conf. CNFed.Civ.Com., Sala I, causas 22.354/95 del 02/06/95, 53.078/95 del 18/04/96, 1251/97 del 18/12/97, 436/99 del 08/06/99, 7208/98 del 04/11/99, 53/01 del 15/02/01 y 2038/03 del 10/07/03, entre otras; en igual sentido, C.S.Mendoza, Sala I, del 01/03/93 y C.Fed. La Plata, Sala 3, 08/05/2000, ED del 05/09/2000).

Por lo demás, no es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que *"…los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos"* (conf. CSJN, in re: *"Lifschitz, Graciela Beatriz y Otros c/ Estado Nacional"*, del 15/06/04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122).

Sentado lo anterior y adentrándome al *tema decidendum*, cabe recordar que el derecho a la inviolabilidad de la vida es de carácter absoluto, en el sentido de que vale para todos los hombres, desde siempre y para siempre. El derecho a la vida -no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más que básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhieren las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas (conf. Cám.Fed.Mar del Plata, 14/07/2000, *"López c/ Osecac s/ Amparo"*, Reg. 5646).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, es obvio que la "arbitrariedad o ilegalidad" manifiesta detectada por la a quo surge de la interpretación brindada a la normativa vigente, guiada por el derecho a la salud implicado, con reconocimiento constitucional.

En este caso resulta procedente extender las obligaciones de la Provincia demandada más allá del límite que pudiera disponer el Programa de Salud a través del convenio suscripto con el Ministerio de Salud de la Nación y ello debido a que estamos ante una persona que a consecuencia de las patologías que presenta debe comenzar de manera urgente con las intervenciones y tratamientos prescriptos por sus médicos según consta en autos y, por su condición de discapacitada, se encuentra amparada por los tratados internacionales y por leyes infraconstitucionales. Por lo tanto, el Estado Provincial, como garante del sistema de salud, tiene la obligación de suplir cualquier déficit mediante acciones positivas, pues al ser la salud un asunto público, relacionado incluso con el derecho a la vida, debe mantener el equilibrio en sus acciones a fin de que la mayor cantidad de población

posible cuente con un servicio de salud adecuado, sobre todo cuando se trata de personas discapacitadas y que tienen el carácter de afiliada o asociada "obligatoria" al Programa Incluir Salud.

C) Por último y en lo que concierne a la queja relativa al ejercicio de potestades discrecionales e invasión de poderes, procede aclarar que es deber del Poder Judicial ser garante de las normas, constitucionales o infraconstitucionales atento su rol dentro del Estado de Derecho en el que se debe evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas que se presenten para decisión, en virtud del art. 31 de la Carta Magna toda vez que la supremacía constitucional no tolera recorte alguno, menos aun cuando a través de interpretaciones cerradas y confinadas respecto de resoluciones sublegales en la materia, se produce la alteración de derecho federales.

Ello de manera alguna implica la rotura del principio republicano de división de poderes; por el contrario, constituye un ámbito normal dentro de la competencia de todo juez frente a un proceso de amparo en el cual la pretensión esgrimida tiene como antecedente una negativa u omisión de una autoridad (conf. Cám.Fed.Cont.Adm.San Nicolás, del voto del Dr. Schreginger in re: *"S.A.F. y A.H.A."* del 15/12/08; Cám.Fed.Apel.Mar del Plata, 29/12/09, *"R, M.V. y Otro c/ OSPE y OMINT"*, LLBA 2010 (junio), 570, LLOnline AR/JUR/59272/2009).

Además de lo dicho, es evidente que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud mediante una indebida intromisión en las facultades que son propias del Poder Ejecutivo sino que se está interpretando el plexo normativo aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función que es propia, normal y cotidiana del Poder Judicial, por lo que el referido agravio debe rechazarse.

Para finalizar, en atención al enfoque que le ha dado la demandada a la cuestión, advierto sin hesitación alguna que existen normas generales (enunciadas precedentemente) que dan los lineamientos a los cuales corresponde ceñirse, y me estoy refiriendo en particular al derecho a la vida y a la salud consagrados en la Ley Fundamental y en el derecho internacional con jerarquía constitucional, única premisa a la que está obligado el Juez puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema, que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, tales como: la adopción de medidas que integren los aspectos sanitarios con los sociales en pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos (conf. Cám.Fed.Apel.Mar del Plata, 29/12/09, CIT.).

3.3 – <u>La imposición de multa – Traba de embargo</u>

Sostiene la quejosa la improcedencia en una acción de amparo de imponer una condena bajo apercibimiento -en caso de incumplimiento- de aplicar sanciones conminatorias.

Las *astreintes*, como es sabido, consisten en una pena pecuniaria decretada por los jueces para constreñir al deudor a que cumpla su obligación principal, y se fija, como regla, en una cantidad por día de retardo o por cualquier otra unidad de tiempo; pero puede consistir asimismo en una suma determinada a pagar por el deudor por cada violación que incurra (conf. NICETO ALCALA – ZAMORA Y CASTILLO, *"Cuestiones de terminología procesal"*, Méjico, Univ. Autón. de Méjico, 1972, pág. 54 y remisiones de la nota 200).

La jurisprudencia ha efectuado una correcta calificación sosteniendo que: a) son *conminatorias*, esto es, sirven como medio de compeler al obligado a que cumpla con el deber jurídico a su cargo y no tienen función resarcitoria; b)

son *provisionales*, como principio y no pasan en autoridad de cosa juzgada pues, destinadas a vencer la resistencia del deudor, deben adecuarse y variar con ella y c) *no constituyen* una condena sino una amenaza de tal si el conminado no cumple lo debido y se resiste a hacerlo (conf. MORELLO, A.M. y VALLEFIN, C.A., *"En la buena senda del amparo. Recepción de astreintes"*, ED 167-405; MORELLO, A.M. y VALLEFIN, C.A., *"El Amparo. Régimen Procesal"*, Edit.Platense, pág. 147).

El derecho público contemporáneo exhibe una decidida tendencia inclinada, cuando se trata del ejercicio del control judicial sobre actos u omisiones estatales, a reforzar las potestades ordenatorias y compulsivas de los jueces, a fin de doblegar la renuencia o incumplimiento de la Administración. Las *astreintes* constituyen, sin dudas, uno de aquellos instrumentos que tienen por fin dotar al proceso de concreta eficacia.

Aunque por regla aquéllas no se establecen en el pronunciamiento que determina la conducta a seguir, sino en una resolución ulterior durante el procedimiento de ejecución, nada obsta a que -si las circunstancias del caso lo aconsejan- la primera decisión contemple ya su futura aplicación. En otros términos, no es necesario que siempre haya que desdoblar o posponer esa decisión para una segunda etapa. Una interpretación funcional, con sujeción a los principios de concentración y economía procesal, lleva a interpretar que tanto el CCyC como el Código Procesal Civil y Comercial, facultan a la prudencia de los magistrados -ante las particularidades del caso- a obrar de la manera indicada, en mira de asegurar la eficacia propia del mandato judicial (conf MORELLO y VALLEFIN, *"El Amparo. Régimen Procesal"*, págs. 146/147).

En este caso, la a quo ha considerado que el caso imponía la necesidad de advertir a la demandada que ante un posible incumplimiento a lo ordenado

en su decisión, se le aplicaría una multa diaria (*astreintes*). Al así decidir y según lo dicho hasta aquí, actuó conforme a derecho y así debe declararse desoyendo la queja de la recurrente.

5 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios vertidos por la recurrente no logran conmover la estructura de la sentencia en crisis, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Es mi voto.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Procede imponer las costas de la Alzada a la recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. Inés Amalia Maristany, apoderada de la parte demandada y de las Dras. María Rosa Corradini, Defensora Pública Civil y Angela Cosimano, Abogada Adjunta de la Defensoría Pública Civil, de la forma propuesta en el voto precedente por el Dr. Julián E. Jalil en razón de ajustarse a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 303/312 en todo cuanto haya sido materia de agravios.
2. **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** al apelante perdidoso.

(Conf. Art. 69 del CPCC).

3. **FIJAR LOS HONORARIOS** por su actuación en Cámara de la abog. Inés Analía MARISTANY en 8 JUS y de las abogadas María Rosa CORRADINI y Angela COSIMANO en 12 JUS , con más el IVA, si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).
4. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), se pasa a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2018.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 303/312 en todo cuanto haya sido materia de agravios.
2. **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** al apelante perdidoso. (Conf. Art. 69 del CPCC).

3. **FIJAR LOS HONORARIOS**por su actuación en Cámara de la abog. Inés Analía MARISTANY en 8 JUS y de las abogadas María Rosa CORRADINI y Angela COSIMANO en 12 JUS , con más el IVA, si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDF. CONSTE.