

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

## ¿QUIÉN PAGA LA DEMORA?

El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Por Agustina Acosta<sup>1</sup> y Carla Ponce<sup>2</sup>

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO POR MORA. MARCO NORMATIVO. 3.- JURISPRUDENCIA. 4.- COSTAS. 5.- EL CASO PARTICULAR DE LAS COSTAS EN LOS PROCESOS INICIADOS CONTRA LA OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO. 6.- CONCLUSIÓN.

### 1.- Introducción

El presente trabajo surge a raíz de la reciente jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego en las causas "Muñoz Low, Ramón Amado c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora", expediente N° 3322/16, de la Secretaría de Demandas Originarias, de fecha 29 de junio de 2016 y "Altamirano Altamirano, Juana Rosa c/ Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Amparo s/ Incidente de Apelación", Expediente N° 2520/17, de la Secretaría de Recursos del 20/03/18, en contraste con el voto del Dr. Löffler en el fallo de Cámara de Apelaciones dictado en los autos "Altamirano Altamirano Juana Rosa C/ Obra Social De La Provincia De Tierra Del Fuego S/ Amparo S/ Incidente De Apelación" que tramitó en el Tribunal de Alzada bajo el N°8365/17 de fecha 04/07/17. En los fallos citados en primer término, el Tribunal aborda la distribución de las costas del proceso, imponiéndolas por su orden, conforme lo prescripto por el art. 16 de la Ley Provincial N° 1068.

Resulta de interés analizar este aspecto de ambas sentencias -la primera referida a una causa previsional y la segunda a cuestiones vinculadas a prestaciones de cobertura de obra social- confrontándolas con la finalidad del instituto del amparo por mora, como vía judicial expedita para obtener el debido pronunciamiento de la Administración y frente al deber del Estado de garantizar la tutela judicial efectiva,

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Católica de Córdoba. Actualmente alumna de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo del CPAU.

<sup>2</sup> Abogada con orientación en Gobierno del Estado y Administración Pública, egresada de la Universidad Nacional de Tucumán. Diplomada en Derecho a la Salud y Legislación Sanitaria por la Universidad de Buenos Aires. Actualmente alumna en Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio Público de Abogados de Ushuaia.

teniendo presente -a nuestro juicio- el efecto disuasorio que implica esta clase de imposición de costas y su dudosa constitucionalidad.

## 2.- Supuestos de procedencia del amparo por mora. Marco normativo

El amparo por mora surge como una respuesta judicial efectiva en tutela de dos derechos. Por un lado el derecho a peticionar ante las autoridades normado en el art. 14 de la Constitución Nacional, con respaldo también en lo establecido a nivel convencional en el art. 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Por el otro, el de obtener una decisión fundada que considere los argumentos esgrimidos por parte del ciudadano.

La Constitución Provincial avanza un paso más en el reconocimiento de este derecho al consagrar el derecho de todas las personas en la Provincia *"A peticionar ante las autoridades y obtener respuesta fehaciente, y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos."*

La actuación de la administración, teniendo presente el régimen de exorbitancia y de sus facultades amplias respecto del particular, requiere de manera necesaria adecuarse al marco constitucional (y convencional) a través del aseguramiento de ciertos derechos para el administrado. En especial, el principal modo de protección a los particulares es el cumplimiento del debido procedimiento administrativo por medio del debido proceso adjetivo, el cual implica la materialización del derecho de defensa estipulado en el art. 18 de nuestra Carta Magna y el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH).

Es así que la Administración, o cualquier órgano ya sea público estatal o no, en ejercicio de la función administrativa, tiene la obligación de resolver los planteos planteados por los particulares legitimados a tales efectos. Dicho deber surge de la imposición constitucional que mencionábamos más arriba respecto al derecho que asiste al administrado al cumplimiento del debido proceso adjetivo. La ley local de procedimientos administrativos regula de manera detallada las medidas necesarias para respetar el ejercicio de tal derecho comprensivo del derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir pruebas, derecho a acceder al expediente y derecho a una decisión fundada.

Entendiendo al derecho administrativo como derecho constitucional concretizado (Sammartino), la fuerza normativa de la Constitución se refleja en el compromiso sustancial de la administración con los valores que resguarda la juridicidad, como el efectivo y concreto aseguramiento de los bienes que asegura y protege la Constitución.

En efecto, tanto la normativa que rige el procedimiento administrativo en el ámbito nacional como en el provincial, expresan la obligación de la administración de pronunciarse en sentido positivo o negativo dentro de un plazo determinado. Así, ambas normas preceptúan que *"El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo"* (art. 10 Ley Nacional N° 19549 y art. 102 Ley Provincial N° 141)

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

En cuanto al plazo para expedirse, a nivel nacional la Ley N° 19549 prevé como plazo máximo sesenta (60) días hábiles administrativos y la Ley N° 141 estipula cuarenta y cinco (45) días, en ambos casos salvo que normas especiales establezcan un plazo determinado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el marco constitucional prevé el aseguramiento de los derechos consagrados a través de las garantías.

La Constitución local (art. 48) establece: *“En los casos en que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo, un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumarísima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.”*

Ante la falta de respuestas fundadas por parte del Estado respecto de planteos efectuados, el ciudadano tiene la facultad de interponer una acción específica en los estrados judiciales solicitando el pronunciamiento del mismo: la acción de amparo por mora.

La misma se encuentra regulada dentro del procedimiento administrativo local en el Título X, art. 161, donde el legislador estableció la figura en los siguientes términos: *“El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubieren transcurrido cuarenta y cinco (45) días sin emitir la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. La petición tramitará conforme a lo normado en el artículo 48 de la Constitución Provincial”.*

En el ámbito nacional se encuentra regulado en los artículos 28 y 29 de la Ley Nacional 19549:

**“ARTÍCULO 28.-** *El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados- y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable- sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora*

*aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.*

**ARTÍCULO 29.-** *La desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable lo dispuesto por el artículo 17 del decreto-ley 1.285/58.”*

Es claro que los derechos van atados a obligaciones, y que si en un extremo se encuentra el derecho del ciudadano a obtener un pronunciamiento fundado por parte del Estado, en el otro se debe encontrar necesariamente la obligación de éste de expedirse. En base a lo dicho hasta ahora es dable destacar cuál es el bien jurídico que se protege a través del instituto. Resulta evidente que ante el gran aparato que resulta el Estado frente al ciudadano, la desidia por parte del primero debe ser desalentada, mucho más aún en los casos en los que el derecho que se encuentra en disputa es fundamental, como el caso que se trae a análisis: la salud.

El amparo por mora busca concretamente que los órganos, que en ejercicio de función administrativa, no se expiden, lo hagan. La acción no tiene como objeto un pronunciamiento en un sentido determinado, simplemente que se respeten los derechos procesales consagrados constitucional y convencionalmente.

### 3.- Jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *"El amparo por mora de la administración constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el art. 28 de la ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial."* (Fallos: 323:2602)

Por su parte, el Superior Tribunal local ha reiterado que *"La acción judicial sub-examine se encuentra expresamente receptada en el art. 48 de la Constitución de la Provincia y ha sido reglada por los arts. 161 y 162 de la ley de procedimiento administrativo N° 141. "El amparo por mora de la Administración consiste en un pedido de pronto despacho de las actuaciones administrativas efectuado ante un juez" (ver Hutchinson, Tomás "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur", Emprendimientos Fueguinos, Río Grande, 1997, pág. 363), y requiere, para su procedencia, la existencia de un trámite administrativo y mora por parte de la administración en darle respuesta.*

Por su particular configuración *"La pretensión de amparo por mora es instrumental. Su objeto es que el tribunal imparta una orden judicial de pronto despacho a la Administración con el propósito de que ésta dé trámite a una etapa procedimental demorada o directamente se expida. La autoridad requerida cumple con el mandato judicial cuando, en relación con la petición administrativa del actor, se expide. Se desnaturalizaría la finalidad del amparo por mora si el juez, en ese marco procesal, dispusiera (sic) específica y concretamente el sentido en que la Administración debe proveer o decidir la cuestión en análisis. Sobre este punto se ha*

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*pronunciado reiteradamente la jurisprudencia” (Patricio Marcelo E. Sammartino, “Amparo y Administración”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, pag. 697)”<sup>3</sup>*

En la causa “Sequeira”<sup>4</sup> el Superior Tribunal sostuvo que *“Así, la administración se halla en mora pues con independencia de la contestación que deba darle a la interesada -tema que escapa a estas actuaciones-, tal acto no se ha producido aún. Nótese que el propio ordenamiento legal dispone en su artículo 59 que los plazos son obligatorios tanto para la parte interesada como para la Administración.*

*Cabe citar, por la precisión conceptual, el comentario efectuado al analizar la norma sub-exámene por el Dr. Tomás Hutchinson relativo a que “El factor tiempo tiene suma importancia en el procedimiento, pues su eficacia y justedad depende de que los actos se ejecuten en tiempo oportuno. Si el derecho en tutela reviste carácter extrapatrimonial, la dilatación del procedimiento lleva la carga de una mengua espiritual y de desasosiego; si tiene carácter patrimonial... (como en el sub spes)..., la excesiva extensión conspira contra los intereses del particular y de la comunidad, que deberá indemnizar a aquél mediante el pago de intereses y adecuación monetaria si no hay estabilidad” (ob. cit. pág.139/140)*

*Es oportuno tener en cuenta que “El peticionante debe acreditar la mera situación objetiva de la mora administrativa; que la Administración ha dejado vencer los plazos fijados, y en caso de no existir éstos, que ha transcurrido un plazo que excede de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado (Cod. Proc. Cont. Administrativo de la Pcia de Bs. As. Tomas Hutchinson, pag.351. Ed. Scotti.2005).”*

#### 4.- Costas

Dice Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales que las costas son *“los gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole”*.<sup>5</sup> Por su parte, el STJ en el ya mencionado precedente “Sequeira” ha definido las costas como *“los gastos que tienen al proceso como causa inmediata y directa de su producción, y deben ser pagados por las partes que intervienen en él.”*

---

<sup>3</sup> STJ, “Rojas, Daniel Antonio c/Caja de Previsión Social de la Pcia. De Tierra del Fuego y otro s/amparo por mora”, Expediente N° 3649/18, Sentencia de fecha 11/07/18.

<sup>4</sup> STJ, “Sequeira, Catalina Graciela c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración, Expediente N° 1940/07, Sentencia de fecha 05/02/2008.

<sup>5</sup> Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta. Año 1992

Resulta evidente que del hecho que el particular deba acudir a los estrados judiciales a los fines que se dé plena efectividad a un derecho que le fue otorgado por los convencionales constituyentes, implica claramente un actuar obligado en tanto el particular se encuentre interesado en obtener un pronunciamiento expreso, en cumplimiento de lo establecido constitucionalmente, por parte de la Administración.

La condena en costas, según la legislación, gira en torno a dos criterios disímiles. Por un lado, tal carga procede sólo cuando la parte que pierde el pleito ha actuado con temeridad o mala fe. Por el otro, se aplica siempre al perdedor, salvo que el juez lo exima de su pago por condiciones especiales que debe determinar.<sup>6</sup>

Procesalmente, una vez recibido el amparo por mora el Juzgado corre traslado al organismo demandado a fin que realice un informe con las consideraciones que estime necesarias con el objeto de expedirse respecto a la demora. Salvo que la administración demuestre haberse expedido con anterioridad a la interposición de la demanda y notificado tal pronunciamiento, procede la imposición de costas al demandado vencido, por aplicación del principio objetivo de la derrota, reservando la imposición de costas en el orden causado en los supuestos de desestimación y declaración de cuestión abstracta al momento del dictado de la sentencia.

La imposición de las costas, se debe analizar en base a la postura que se asuma respecto a la naturaleza del amparo. Se distinguen de esta manera naturaleza unilateral o bilateral del amparo.

La doctrina que acompaña la naturaleza unilateral destaca que a) La Administración no es parte, sólo informa al juez sobre lo requerido; b) En su informe explica las causas de la demora, terminando allí su actuación; c) Se trata de una acción en la cual el peticionante se limita a plantear al juez una pretendida violación a un derecho, a fin de que lo proteja; d) Se persigue la fijación de un plazo para que la Administración decida; e) Su objeto se desvincula del contenido de la decisión que posteriormente pueda dictar sobre el fondo del asunto; f) Constituye un remedio urgente.<sup>7</sup>

En tal sentido se expidió el STJ en la causa “Sequeira”:

*“En cuanto a las costas este Tribunal tiene dicho en la doctrina de los precedentes que: ‘Comentando el criterio según el cual deben imponerse las costas a la administración en el procedimiento de amparo por mora, nos dice Osvaldo Alfredo Gozaíni: Sin embargo, este pensamiento -que puede sostenerse como mayoritario- tiene fundadas reservas en base a que como resultado de una estricta aplicación del sistema legal, no cabe la imposición de costas por las siguientes razones: 1) no hay partes; 2) como obvia consecuencia, no hay vencidos; 3) la índole de la intervención del juez; 4) el carácter opcional del amparo por mora. Ello determina principalmente que, ante la inexistencia de un verdadero proceso contencioso, no existen ni partes ni vencidos, sino tan sólo informantes.’ (Costas Procesales, autor citado, pág.337, Ediar, Buenos Aires, 1990).*

---

<sup>6</sup> Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta. Año 1992

<sup>7</sup> Ivanega, Miriam M. - Cassagne, Juan Carlos. Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos urgentes en la Justicia Administrativa. Editorial La Ley. Año 2007.

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*‘Nuestro sistema constitucional parece seguir la doctrina recién transcripta. Véase que, según la Constitución de la Provincia: El juez, previa comprobación sumarisima de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, debe librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca.’ (art. 48, última parte).*

*‘No hay lugar a controversia alguna pues, de la economía del texto bajo análisis, el tribunal sólo examina la satisfacción de los presupuestos contenidos en la norma y, de verificarse aquéllos, dispone la orden de pronto despacho. Es claro que no hace falta la intervención de la administración en carácter de parte, en tanto sólo es necesaria la comprobación de los requisitos exigidos por el constituyente. De manera tal que, a los fines indicados, basta tener a la vista las actuaciones administrativas para emitir el pronunciamiento de que habla el art. 48 de la Constitución.’*

*‘Ello sentado juzgamos que, en el caso, deben distribuirse las costas en el orden causado por no haber, stricto sensu, parte vencida.’ (ver autos "Gangas, María Nieves c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración", expediente N° 1.543/02 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 5 de diciembre de 2002, registrada en el T° XLI, F 122/123; criterio reiterado en numerosas ocasiones).*

*Como bien se dijo en el fallo citado, no hay en el trámite del amparo por mora proceso contencioso pues la administración no es citada como parte requiriéndose, exclusivamente, el envío de las actuaciones administrativas a los fines de juzgar sobre la procedencia de la orden judicial de despacho solicitada. Así se obró en este proceso.*

*Y la condena en costas requiere, como principio general, que sea impuesta a quien resulta vencido (conf. art. 58 del CCA y 78 del CPCCLRyM), de donde se deduce que tal condena implica la existencia de una controversia, situación que no se configura en el presente trámite.*

*Es que: ‘A las costas se las puede definir como los gastos procesales que tienen al proceso como causa inmediata y directa de su producción, y deben ser pagados por las partes que intervienen en él.’ (“Condena en costas en el proceso civil”, Roberto G. Loutayf Ranea, pág.1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998; el resaltado me pertenece). En tales condiciones, la inexistencia de partes en el proceso obsta a la existencia de costas.”*

A favor de la naturaleza bilateral del proceso de amparo se pronuncia, entre otros, Ezequiel Cassagne quien considera que la evacuación del informe requerido por el juez es un verdadero responde de demanda, dentro del límite propio, claro, de este instituto. En este sentido, la autoridad administrativa podrá explicar qué ha ocurrido con el expediente, si ha dictado o no resolución, si ha emitido el dictamen, cómo fue el comportamiento del administrado, si se han prorrogado los plazos, si se abrió a prueba

el recurso o reclamo administrativo, etc., y aportar la prueba que estime, en ejercicio de su derecho constitucional de defensa, que además está decirlo, también es aplicable a la administración. En tal sentido, también podrá apelar, como veremos más adelante. No podrá, en cambio, oponer excepciones previas, ni rechazar la pretensión judicial del administrado.

En este sentido el STJ varió su jurisprudencia en la causa “Ameri”<sup>8</sup> adhiriendo al criterio que reconoce naturaleza bilateral al proceso de amparo, imponiéndolas a la vencida:

*“En cuanto a las costas entiendo necesario una revisión del criterio ya fijado por este Tribunal en el precedente "Gangas, María Nieves c/ I.P.A.U.S.S. s/ Amparo por Mora de la Administración", expediente N° 1.543/02 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 5 de diciembre de 2002, registrada en el T° XLI, F (122/123).*

*Si bien se dijo en el fallo citado que no hay en el trámite del amparo por mora proceso contencioso, pues la administración no es citada como parte requiriéndole, exclusivamente, el envío de las actuaciones administrativas a los fines de juzgar sobre la procedencia de la orden judicial de despacho solicitada. Y que la condena en costas requiere, como principio general, que sea impuesta a quien resulta vencido (conf. art. 58 del CCA y 78 del CPCCLRyM), de donde se deduce que tal condena implica la existencia de una controversia, situación que no se configura en el presente trámite; estimo oportuno revisar tales conceptos.*

*Ello, en mérito a que el instituto del amparo por mora se encuentra expresamente previsto en la Constitución Provincial como garantía de los ciudadanos a obtener respuesta expresa por parte de los funcionarios y/o reparticiones públicas a sus peticiones. A su vez, se encuentra íntimamente vinculada con la garantía constitucional de ejercer acción expedita y sumarisima de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías consagrada en el art. 44 de la CPTDF, 43 de la Constitución Nacional, y del art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que impone a la autoridad competente "el deber de resolver con prontitud las peticiones respetuosas" efectuadas por motivos de interés general o particular.*

*Como bien lo apunta Carlos Balbín, (...) la Sala I del Contencioso de la Ciudad Autónoma ha explicado que "...el informe que corresponde realizar a la demandada frente al requerimiento judicial efectuado en el amparo por mora constituye un verdadero acto de defensa y, por ello, en él podrá alegar y probar la inexistencia de demora o aportar fundamentos que tiendan a justificarla. Así, la pretendida unilateralidad del proceso no es tal, pues subyace en el amparo por mora un conflicto entre partes adversas que para su solución requiere la intervención de la jurisdicción. Ésta dirime la controversia mediante un acto de imperio dictado al cabo de un proceso gobernado por el principio de bilateralidad o contradicción. Y si en virtud del ejercicio del derecho de defensa, la administración demuestra la ausencia de mora, podrá eximirse de costas pues habrá quedado comprobado que no dio causa a la promoción de la acción “.*

---

<sup>8</sup> STJ, "Ameri, Néstor Jorge y Montes, Domingo c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora", expediente N° 2101/08, de la Secretaría de Demandas Originarias, Sentencia de fecha 28/08/08.



Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*Tales observaciones resultan aplicables al orden local, pues, al requerirse las actuaciones administrativas el ente demandado por mora tiene la oportunidad procesal de explicar y/o acreditar su ausencia. En consecuencia, las costas habrán de ser impuestas a la administración siempre que de las constancias de la causa surja que se encontraba en mora en oportunidad de interponerse la demanda. Ello así, por aplicación del principio objetivo de la derrota en juicio establecido como pauta general por el art. 58 del CCA.*

*Nótese que en el orden normativo vigente no se compadece la existencia de la garantía prevista en los arts. 48 de la CPTDF y 161 de la LPA, con la carga de afrontar los gastos necesarios para ejercerla cuando ha sido conculcada por la autoridad pública. En tales condiciones, y habiéndose corroborado la mora del IPAUSS, corresponde imponerle el pago de las costas.”*

Dicho criterio fue reiterado en las causas “Cooperativa de Provisión de Servicios para Transportistas “La Central” c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Amparo por Mora”, expediente N° 3414/16, de la Secretaría de Demandas Originarias; “Empresa Ingeniero Lisardo V. Canga S.A. c/Municipalidad de Ushuaia s/ Amparo por Mora”, expediente N° 3392/16, de la Secretaría de Demandas Originarias; “Rocha, María Elvira c/ Dirección Provincial de Energía s/ Amparo por Mora”, expediente N° 3343/16, de la Secretaría de Demandas Originarias, entre otros.

Ello, inclusive en las causas donde el Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social fue parte demandada con anterioridad a la declaración de emergencia previsional:

*“Toda vez que en el sub examine el presentante acude ante el Estrado a petitionar amparo por mora de la Administración en resolver una petición efectuada ante el IPAUSS, y que se ha demostrado la dilación incausada del ente demandado que ha tomado intervención en el proceso judicial, procede librar orden de pronto despacho para que, por intermedio de la dependencia interna competente, efectivice el trámite pertinente, destinado a resolver en forma expresa la petición efectuada por el amparista en un plazo de diez (10) días, apercibiendo a dicho organismo respecto de las consecuencias de su desobediencia (art. 162 de la Ley N° 141). Con costas a cargo de la demandada.”*

Este criterio fue sostenido en las causas “Carrica, Miguel Angel c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora”, Expediente: 3157/15 de fecha 02/09/2015; “Zanarello, Abel c/

---

<sup>9</sup> STJ, “ARROYABE, Carlos Alberto c/ IPAUSS s/ Amparo por Mora”, Expediente: 3155/15, Sentencia de fecha 02/09/2015.

IPAUSS s/ Amparo por Mora”, Expediente: 3133/15 de fecha 03/08/2015 y “Fernandez, Viviana Elizabeth y Otros c/ Provincia de TDF AeIAS s/ Amparo por Mora”, Expediente: 3132/15 de fecha 03/08/2015, entre otros.

Conforme lo expuesto, nos inclinamos a considerar al amparo por mora como un proceso bilateral.

#### 5.- El caso en análisis

A partir de la sanción de la Ley Provincial N° 1068 se declaró la Emergencia del Sistema de la Seguridad Social de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur por el lapso de dos (2) años, computados a partir de la fecha de su sanción, ocurrida en fecha 08/01/16 (art. 1).

El artículo 2 de la norma señala los fines tenidos en miras con su sanción por el lapso de la emergencia, entre los cuales menciona *“la regularización integral de la situación de crisis actual mediante la implementación de una administración eficaz y con el objeto primordial de ejecutar acciones tendientes a conquistar la sustentabilidad y sostenibilidad del sistema, asegurando a las generaciones presentes y futuras el acceso al derecho de la seguridad social en el ámbito de las normas locales que lo regulan.”* El subrayado nos pertenece.

La norma objeto de análisis dispone en su artículo 16: *“En cualquier proceso judicial en los que el IPAUSS o el organismo que lo reemplace sea parte, durante el plazo de la emergencia, se impondrán en todos los casos las costas por su orden.”*

Huelga resaltar que las normas citadas fueron prorrogadas por el artículo 1 de la Ley Provincial N° 1190, por el lapso de dos (2) años computados a partir del 1° de enero de 2018.

Atento a dicha regulación, jurisprudencia reciente emanada del Superior en casos de demanda contra el ente previsional indica que *“toda vez que en el sub examine la presentante acude ante el Estrado a petitionar amparo por mora de la Administración en resolver una petición efectuada ante la CPSPTF, y que se ha demostrado la dilación incausada del ente demandado que ha tomado intervención en el proceso judicial, procede librar orden de pronto despacho para que efectivice el trámite pertinente, destinado a resolver en forma expresa la petición efectuada por la amparista en/ un plazo de diez (10) días, apercibiendo a dicho organismo respecto de las consecuencias de su desobediencia (art. 162 de la Ley N° 141). Costas por su orden -art. 16 Ley 1068.”*<sup>10</sup>

Ante esta aplicación directa y automática de la solución legal impuesta por la normativa reseñada, cabe analizar la fundamentación esgrimida por el Superior Tribunal para declarar la constitucionalidad de la norma prevista en el artículo 16 de la Ley Provincial N° 1068.

---

<sup>10</sup> STJ, “Ugalde, María Cristina c/CPSPTF s/ Amparo por Mora”, Expediente N° 3487/17, de la Secretaría de Demandas Originarias, de fecha 12/07/17.

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

En el primer caso en comentario (Fallo “Muñoz Low”) el actor plantea la inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley 1068, citando en su apoyo la doctrina de la CSJN en el fallo "Patiño"<sup>11</sup>

El Superior Tribunal arguye que en los fallos Boggero, Granello, Flagello, Patiño y García Cancino *"las distintas integraciones han variado casuísticamente el criterio respecto del ajuste constitucional del art. 21 de la Ley Nacional N° 24463 (de Solidaridad Previsional), que guarda cierta analogía con la norma provincial copiada."*

Como argumento coadyuvante, el STJ sostiene que el principio objetivo de la derrota que dimana del art. 58 del CCA no es absoluto.

*"Por el contrario, se encuentra morigerado en el art. 59, primera parte -mediante una excepción general-; en el art. 59, segunda parte -para la materia previsional y de empleo público, cuando es vencido el administrado que no actuó con temeridad o incurrió en pluspetición inexcusable- y en el art. 16 de la Ley N° 1068 -durante la emergencia declarada en ese plexo y, siempre que el IPAUSS (o el organismo que lo reemplace) sea parte del proceso-. Esta previsión configura un régimen específico de distribución de costas que durante la emergencia impide cargar los gastos al vencido, ya sea que se trate de un pretensor de jubilación (como en el caso del actor) o del organismo de previsión provincial. Respecto del primero, la norma profundiza la excepción preexistente y respecto de la Administración la implementa.*

*Se define un límite temporal para la excepción introducida y se amplían las materias alcanzadas por ella, excediendo lo estrictamente previsional y de empleo público, en función de la presencia subjetiva del ente jubilatorio y cualquiera sea la conducta procesal mantenida por el administrado cuando resulta perdidoso."*

Con estos escuetos argumentos, concluye declarar la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley Provincial N° 1068 en cuanto impone las costas por su orden para el caso de demandas contra el organismo previsional.

En el año 2018 en la causa “Altamirano Altamirano”, el STJ reitera la doctrina de “Muñoz Low” y la considera aplicable a los procesos relativos al sistema de salud: *"Por cierto que el art. 1° de la ley 1068 declara la emergencia del sistema de seguridad social de la provincia que, no está en discusión, comprende tanto a la asistencia en la vejez como en la salud. Su art. 2°, por lo demás, fija como propósito la regularización integral de la situación de*

---

<sup>11</sup> CSJN, “PATIÑO RAUL OSVALDO c/ GOBIERNO PCIA. DE SAN JUAN (UNIDAD DE CONTROL PREV.) s/AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACION”, Sentencia de fecha 27/05/2009.

*crisis, sin hacer distingo entre los distintos ámbitos. (...) De manera tal que las medidas de emergencia alcanzan, no cabe duda, a toda la seguridad social."*

Extendiendo el conciso fundamento ya esgrimido en "Muñoz Low", el STJ omite cualquier tipo de consideración relativa a la naturaleza de los derechos afectados por la ineficiencia de la administración, como asimismo respecto de la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de las pretensiones en el proceso de amparo por mora y, sorprendentemente, introduce un argumento economicista como fundamento de validez para limitar los derechos durante la emergencia:

*"Se trata, como toda medida de emergencia, de restringir ciertos derechos en función de solucionar la grave crisis que se padece.*

*Según entiendo tampoco se aminoran irrazonablemente los derechos de los que decidan enjuiciar a las entidades que administran el sistema de seguridad social. Los que no puedan asumir el pago a un letrado siempre pueden recurrir al servicio gratuito proporcionado a través de la Defensoría del Poder Judicial. Y los que sí puedan hacerlo, han de sacrificar los recursos que fueren menester para la defensa de sus derechos en los límites de una situación de emergencia. Aprecio asimismo que los justiciables, de ordinario, deben pagar los servicios de los profesionales del derecho con independencia de la regulación que finalmente resulte del proceso y, en ocasiones, con anterioridad a la concreta actuación profesional. La norma, pues, no es contraria a la Constitución."*

Nos asombra la falta de fundamentación respecto de la afectación constitucional de los derechos fundamentales del ciudadano y la carencia de un análisis de razonabilidad de la medida en el marco de la emergencia declarada.

Ello nos lleva a profundizar el análisis de constitucionalidad de la norma, encontrando en el voto del Juez de la Cámara de Apelaciones, Dr. Ernesto Adrián Löffler emitido en la misma causa, argumentos a nuestro juicio suficientes para postular la inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley 1068.

En primer lugar, el camarista sostiene que el artículo 58 del CCA citado por el Superior no resulta de aplicación al caso por tratarse de un proceso de amparo que tramita por ante el fuero civil. En segundo término, destaca que el último criterio que impera en la jurisprudencia de la Corte es el vertido en la causa "Granello", donde el Alto Tribunal se pronunció sobre la inconstitucionalidad del art. 21 de la Ley 24463, de similar factura a la norma local en análisis.

Así, el vocal expresó: *"A mi entender el artículo 16 de la ley 1068 resulta inconstitucional al violentar el principio de igualdad -art. 16 de la CN- al poner en condiciones inequitativas y cuanto menos discriminatoria al excluir a quienes litiguen en contra de la Obra Social provincial de la aplicación del principio general contenido en el art. 78.1 CPCC -en caso de resultar vencedores- y además, inequitativa en relación al resto de los litigantes en causas judiciales que sean gananciosos, por cuanto es principio general que la parte vencida en el juicio es quien debe cargar con los riesgos del resultado del juicio y gastos de la contraria aun cuando no se hubiese solicitado. En este sentido, entiendo, que una situación de emergencia del sistema social, no puede vulnerar el derecho a la propiedad, acceso a la justicia y derecho a la salud del amparista que se vio gravemente afectado en la salud al no cubrirse su prestación médica. Para enderezar tal derecho vulnerado tuvo que acudir a la justicia y, ahora, para más, debe solventar los gastos de su defensa y ello es lo que determina la afcción de su derecho a la propiedad.*

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*Asimismo esta diferencia de trato en las costas a favor del Estado según el artículo 16 de la ley 1068, en síntesis, lesiona el acceso a la justicia como garantía para los ciudadanos, porque uno tendrá riesgos y otro no por el resultado del pleito. Ello significa otorgar al organismo de gestión un privilegio inaceptable y cometer una inequidad más en contra del beneficiario de la obra social, en flagrante violación de los artículos 1, 14bis, 16, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, como así también lo dispuesto mediante el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 24, hoy integrante de nuestra Carta Magna."*

Cita en su apoyo la doctrina que dimana del precedente "Patiño", cuando la Corte expresa: *"Ya se ha visto que no puede aceptarse la solución legal sin lesionar los derechos de igualdad y de propiedad; empero, como también la recurrente ha invocado el principio de solidaridad social para sustentar el criterio legal, debe señalarse que tal principio no puede mantenerse si se acepta que media lesión de los derechos superiores mencionados...La distribución de las costas por su orden en todos los casos originados en demandas previsionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 24.463 de Solidaridad Previsional, no se compadece con los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en materia previsional."*

Cuestiona asimismo el argumento de la emergencia dado por el Superior para fundar la constitucionalidad de la norma, cuando dice: *"II.3.- El argumento de la emergencia y, consecuente solidaridad social, no resulta suficiente para vulnerar los derechos constitucionales referenciados en virtud de que, precisamente, la propia Constitución ha nacido para ponerle un valladar a aquellas políticas de gobiernos que pretendan avasallar los derechos reconocidos a los ciudadanos. A excepción de la declaración del estado de sitio -artículo 23 de la CN y artículo 17 en cuanto a expropiación- no existe normativa constitucional que prevea anular los derechos y/o garantías constitucionales reconocidos a los ciudadanos. Ya la CSJN en el renombrado precedente "Ávico c De la Pesa" exponía: "La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas, son cuestiones que han sido siempre y que serán objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional...Pero, ni aún el poder de guerra deroga (o remueve) las limitaciones constitucionales que protegen las libertades esenciales"*.

Sostiene que la declaración de emergencia, como decisión excepcional, *"requiere un estudio minucioso, detallado y pormenorizado de las afectaciones constitucionales que pueden generarse a raíz de una declaración excepcional sin un análisis profundo de tal excepcionalidad. Ese análisis minucioso requiere razonabilidad y proporcionalidad."*

Con cita del fallo Avico de la Pesa, refiere al análisis de la normativa de emergencia exigiendo que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar.

Analizando la finalidad tenida en vista por la norma de emergencia previsional local, postula que *"Si bien en lo que al caso respecta la ley 1068 buscaba sanear el sistema de la seguridad social, ello no significa introducir disposiciones que atenten contra el acceso a la justicia, el derecho a la salud y el derecho a la propiedad. El artículo 16 de la ley 1068, respecto a las costas en el proceso donde el IPAUSS o el organismo que lo reemplace intervenga, resulta innecesario, pues de llevar a cabo las funciones conforme la norma legal establecida al respecto, el índice de litigiosidad se verá disminuido sobremanera y las costas que pudiera generar algún proceso sería minúsculo dentro del presupuesto previsto para ello. Si el índice de litigiosidad crece en lo concerniente a un organismo público, ello se debe a que, indefectiblemente, las políticas públicas llevadas a cabo no se ajustan a la legalidad establecida."*

Este nos parece el argumento más relevante, en cuanto vincula los fines perseguidos por la normativa de emergencia con la limitación de los derechos dispuesta en ese marco. Al respecto, resulta pertinente recordar la doctrina de la CSJN en cuanto a las reglas de hermenéutica:

*"Que, asimismo, debe tenerse presente que es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Ese propósito no puede ser obviado por los magistrados con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma. La exégesis de la ley requiere pues de la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor formal de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción. En esta tarea, no es siempre recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; por lo que es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (Fallos: 307:1018 y sus citas, entre muchos otros)."*

Cabe en este punto recordar que en el caso "Altamirano Altamirano" la actora solicitó que se ordene a la Obra Social demandada, que autorice la intervención quirúrgica para el recambio de implantes mamarios, en todo su costo, por no tratarse de una cirugía estética, sino por el contrario, una cirugía reconstructiva consecuencia del cáncer padecido.

¿Resulta razonable aplicar en este caso la consecuencia prevista en el artículo 16 de la Ley Provincial N° 1068? Nobleza obliga plantearnos la pregunta y analizar la relación de medio a fin que implica una aplicación lisa y llana del precepto legal.

Avanza aún un paso más profundo al postular la inconstitucionalidad de la norma en crisis por su contraposición al sistema republicano de gobierno.

*"Finalmente, como se adelantara, el artículo 16 de la ley 1068 avasalla el principio republicano de gobierno -artículo 1 de la CN- al ser la legislatura quien interfiere en las facultades que tiene el poder judicial a los efectos de establecer la imposición de costas en un*

Título: ¿Quién paga la demora? El caso del amparo por mora contra OSEF durante la vigencia de la Ley Provincial N° 1068 y su prórroga

Autoras: Agustina Acosta y Carla Ponce

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*proceso. Es este órgano de Poder quien, conforme artículos 78 y ss del código de rito local, como así, en lo que al caso respecta, artículos 14 y 17 de la ley 16.986, debe sopesar las circunstancias de cada caso con el fin de imponer o eximir de costas a los litigantes."*

## 6.- Conclusiones

Teniendo en cuenta el derecho involucrado en el caso en particular, el cual es el derecho a la salud, fundamental y conexo al primer derecho humano: el derecho a la vida y a la dignidad humana, resulta impensado –en estricta razón de justicia- que le quepa al ciudadano el pago de los gastos del juicio por la demora desidiosa de una omisión administrativa.

Nótese que la aplicación directa del precepto legal vulnera además del derecho a la salud, el derecho convencional a la tutela administrativa efectiva, el derecho de propiedad y el acceso a la justicia a un paciente a quien no sólo no se le han respetado los derechos consagrados constitucional y convencionalmente, sino que además se lo colocó en la disyuntiva de peticionar judicialmente un pronunciamiento debido o sufrir las consecuencias en su salud del silencio de la obra social respecto de su cobertura.

Este tipo de pronunciamientos parecen sostener una política de desincentivos en accionar judicialmente contra la obra social provincial, afectando gravemente la finalidad declarada por la emergencia “*la implementación de una administración eficaz*”, precisamente premiando con la imposición de costas por su orden a la administración morosa y en consecuencia, ineficaz para tutelar los derechos de sus afiliados.