--- Rawson, 18 de Abril de 2018.-

--- **VISTOS**:------------------------------------------------------------------------------------------------- Estos autos caratulados **“Defensor del Pueblo de la Provincia del Chubut c/ I. S. S. y S. s/ Amparo” (Expte. N° 248/2018)**, en trámite ante este Juzgado de Primera Instancia de Familia de la Circunscripción Judicial de Rawson:------------- **Y CONSIDERANDO**:--------------------------------------------------------------------------------- **I.-** Que a fs. 6/10 se presenta el Sr. Defensor del Pueblo de la Provincia del Chubut, Dr. Héctor Omar Simionati, con patrocinio letrado, y promueve demanda de amparo contra el I. S. S. y S., con el objeto de que se ordene el restablecimiento de la cobertura de las prestaciones asistenciales y de salud a sus afiliados, según la obligación determinada por los arts. 1°, 24 y conc. de la ley XVIII N° 12, y que están suspendidas desde el 16 de Abril.------------------------------------------------------------------------- Luego de señalar las normas constitucionales y legales que sustentan su legitimación para promover la acción, el Sr. Defensor del Pueblo afirma que es de público conocimiento que las prestaciones brindadas por la obra social S., fueron suspendidas por distintos prestadores durante el mes de Marzo pasado ante la falta de pago por parte del ente demandado. Si bien esa situación pudo superarse, el 16 de Abril se anunciaron nuevos cortes por tiempo indeterminado debido a la mora e inexistencia de un cronograma para saldar la deuda que el Instituto mantiene con los prestadores. Destaca que los afiliados directos e indirectos quedan en situación de desamparo en materia de cobertura de salud, recordando que la afiliación es obligatoria para todos los empleados de los tres poderes de la Provincia y los municipios, así como para sus jubilados y pensionados, siendo el Instituto quien administra y debe asegurar las prestaciones que la ley XVIII N° 12 reconoce, norma que le otorga además las herramientas necesarias para instar la observancia del deber de aportar al régimen, y eventualmente ante el incumplimiento, activar el mecanismo de ejecución fiscal.---------------------------------------------------------------------------------------------- **II.-** Conforme a los términos en que ha sido planteada la demanda, estamos ante una verdadera acción colectiva o de clase, donde el Defensor del Pueblo por legitimación anómala o extraordinaria (arts. 42, 43 y 86, Constitución Nacional) asume en este proceso la representación de la totalidad de los afiliados a la obra social demandada, litigando en defensa de los intereses de ese grupo o clase afectada, cuyo número supera las 115.000 personas.------------------------------------------------------------------------------------------------------ Al respecto, el eje del mecanismo procesal se centra en que una persona represente los reclamos del grupo involucrado en el conflicto, sin que sea necesario que todos los integrantes concurran efectivamente al pleito (Salgado, José María, “El proceso colectivo es representativo”, LL 2015-C, 32). Las ventajas de este tipo de procesos son innegables: la sentencia tiene un alcance general para todas las personas comprendidas en el grupo, evitándose resoluciones contradictorias y la multiplicidad de juicios por la misma causa o hecho generador de la controversia, que provoca una lesión a esa pluralidad de individuos.-

--- El Defensor del Pueblo pretende la defensa de *intereses individuales homogéneos*, en los que predomina un fuerte interés estatal en su protección, por estar involucrados derechos enteramente diferenciables (el suministro de las prestaciones que cada afiliado puede reclamar para preservar o restablecer su salud), verificándose en principio un *hecho único* que lesiona a todos esos intereses (el corte masivo de las prestaciones), siendo útil el trámite de un proceso único, con una sentencia que proyectará sus efectos sobre la totalidad de los afectados comprendidos en la clase.-------------------------------------------------------------- Como puede verse, la delimitación del grupo de personas representado por el Defensor de Pueblo me incluye claramente, pues soy afiliado directo obligatorio por integrar el Poder Judicial de la Provincia (art. 7°, ley XVIII N° 12). A primera vista, esa calidad me impide intervenir como juez en el proceso, ya que analizado desde mi esfera personal de intereses, el Defensor del Pueblo litiga con el objeto de obtener una resolución judicial que ordene el cese de la vulneración a un derecho de mi titularidad, que concurre con el resto de los intereses individuales de los afiliados.------------------------------------------------------------------- En tal perspectiva, el procedimiento normal - y favorable para mí - transitaría por excusarme al estar incluido en la clase representada por el Defensor del Pueblo, en virtud del derecho de las partes a un juez imparcial *(Nemo iudex in sua causa: ningún juez lo es de su propia causa)* que exige mantener a quien ejerce la función jurisdiccional una posición neutral con respecto a las personas que se ven afectadas por ese ejercicio (art. 8°, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, lo cierto es que al apartarme, mis colegas de las circunscripciones de Rawson y Trelew probablemente seguirán el mismo criterio, dando lugar a una excusación masiva con la consecuente privación de tutela judicial efectiva a un conflicto que tiene sumergida en la angustia a una parte significativa de la población de esta Provincia, incluyendo a niños y adolescentes, personas discapacitadas, ancianas y/o con enfermedades graves, máxime cuando el procedimiento de designación de conjuez insume habitualmente varias semanas, y no está exento de que alguno de los abogados de la matrícula sorteados al efecto también deba excusarse, por tener él o un familiar la condición de afiliado al Instituto.------------------------ --- Para decenas de miles de afiliados, la acción de clase instada por el Defensor del Pueblo como método para corregir un daño público de gran escala, es la única oportunidad real que tienen de acceder al sistema judicial en defensa de su derecho a la salud, por causa de las múltiples barreras que todavía existen en la práctica para que gocen del derecho a la tutela judicial efectiva las personas en condiciones de vulnerabilidad económica, social y cultural (incluyendo obstáculos de género, generacionales, ubicación geográfica, padecimiento de ciertas enfermedades cuya visibilización expone al paciente al estigma y discriminación, etc). Con esto en mente, para cumplir con mi deber funcional y evitar en forma urgente que se siga ocasionando un grave perjuicio masivo al derecho a la salud de los afiliados de la obra social estatal, prefiero en estas singulares circunstancias ejercer un derecho propio con la finalidad de mantener la neutralidad y mi intervención como juez en este litigio colectivo: el de *excluirme del grupo* que representa el Sr. Defensor del Pueblo, de modo que la clase quedará constituida por la totalidad de los afiliados al I. S. S. y S., *menos quien suscribe*. Cabe recordar que una de las notas características de estos procesos colectivos está dada por los efectos expansivos de la sentencia, pues la decisión judicial alcanza a todos los integrantes de la clase o grupo, salvo que hayan usado el derecho de *opt out*, es decir, decidido expresamente salirse del juicio (Conf. Meroi, Andrea, “Desequilibrios en la recepción de modelos de procesos colectivos”, en “Revista de Derecho Procesal”, t. 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 149).----------------------------- En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó perfectamente aclarado que “las normas que prevén la sustitución de los jueces están concebidas para casos que presuponen causales de autoexclusión que no abarcan la totalidad de los miembros de los fueros a que se refieren”, concluyendo que cuando el tema planteado resulta común a todos los magistrados en actividad, la necesidad de evitar la privación de justicia pone límites al deber de apartamiento que establecen las leyes para tutela de la imparcialidad de los magistrados (31/10/1995, “Wechsler, Ricardo Gustavo c/ Estado Nacional (C.S.J.N.) s/ empleo público”; ver además Corte Sup. EEUU, 15/12/1980, *in re* “Estados Unidos vs. Hubert L. Will y otros”, LL 1985-B, 1004, con nota de Miguel Ángel Ekmekdjian; C. Fed. Mendoza, Sala B, 13/9/2017, “Incidente de medida cautelar en autos Lucero, Natalia c/ AFIP”).--------------------------------------------------------------------------------------------------------

**III.-** Corresponde entonces disponer el traslado de la demanda al I. S. S. y S., y también a la Provincia del Chubut, a la que se citará de oficio para integrar correctamente la relación jurídica procesal con ajuste a lo previsto por el art. 90 del CPCC. Por la naturaleza del conflicto colectivo traído a resolución judicial, estimo que una eventual sentencia condenatoria recaída únicamente contra la obra social no trascenderá en un pronunciamiento útil para obtener el inmediato restablecimiento de las prestaciones de salud que se pretende en la demanda, debido al actual déficit financiero del Instituto originado en la falta de ingreso de sus fondos por parte del Estado Provincial, hecho notorio a tenor de las declaraciones públicas realizadas por el Sr. Ministro de Economía y Crédito Público, quien manifestó recientemente que *“de acuerdo a la posibilidad financiera se está goteando dinero semanalmente, por ahí no lo que necesitan pero es lo que se da”* (https://www.adnsur.com.ar/2018/03/pago-proveedores-garzonio-se-reunio-diputados/)-------- De no citarse a la Provincia para hacerle extensiva una sentencia de condena, el Instituto se verá en la imposibilidad material de cumplir prontamente con las prestaciones médico-asistenciales a que tienen derecho los afiliados, quedando sólo la alternativa de iniciar los procedimientos de cobro previstos legalmente, con el consiguiente tiempo que insumirá la efectiva percepción de las sumas de dinero retenidas.------------------------------------------------- **IV.-** Ante la situación de vulneración masiva al derecho de los afiliados, y sin dejar de reconocer los enormes esfuerzos que ha desplegado el gobierno para encontrar una solución al conflicto, dispondré de oficio como medida cautelar que dentro del plazo de cinco (5) días el Estado Provincial realice los pagos necesarios al Instituto para el inmediato restablecimiento de las prestaciones que debe suministrar la obra social a la clase o grupo que representa el Defensor del Pueblo.------------------------------------------------------------------- Pese a no solicitarse en la demanda, es posible el dictado de oficio de esa medida cautelar en ejercicio de la función preventiva, por aplicación analógica de los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com., que autorizan al juez a condenar, inclusive de oficio y en forma provisoria, a prestaciones de dar con la finalidad de que las personas responsables (la Provincia del Chubut y el I. S. S. y S.) cumplan con el deber de prevención, consistente entre otros aspectos en adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca o continúe un daño.--------------------------------------------------------------------- Tratándose el derecho a las prestaciones médico-asistenciales de un derecho social, la Constitución prohíbe que el Estado adopte medidas deliberadamente regresivas con respecto a la situación de goce que tienen sus beneficiarios (art. 2.1, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales).----------------------------------------------------- El mencionado Pacto exige al Estado una mejora continua de las condiciones de existencia, una ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales. Como contrapartida, existe una obligación estatal de no regresividad, al prohibirse adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales de los que goza la población con cada mejora progresiva obtenida (Courtis, Christian (comp.), “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 9).----------------------------------------------------------------------------------------

--- Reconocido por la Provincia del Chubut el derecho de los afiliados a obtener *“toda prestación que directa o indirectamente contribuya al fomento, protección, recuperación de la salud, y rehabilitación del afiliado a la vida útil como así también a lograr su bienestar social”* (art. 24, inc. “g”, ley XVIII N° 12), la prohibición constitucional de regresividad impide que las autoridades públicas reduzcan o desactiven, por cualquier medida u omisión, ese nivel de disfrute establecido en la regulación provincial.------------------ Como lo expliqué detalladamente en la sentencia dictada el 29 de Julio de 2015 en autos “M., P. c/ I. S. S. y S. s/ Amparo” (Expte. N° 344/2015), en la que exhorté al directorio del ente autárquico a que ejerza su potestad recaudatoria contra la Provincia para el cobro de las contribuciones destinadas al fondo de financiamiento de las prestaciones médico-asistenciales *“a fin de mejorar su situación económica y respetar la intangibilidad de los fondos que sostienen el sistema provincial estatal de seguridad social”*, la Provincia se ha colocado en una posición de privilegio ilegal, por la pasividad de los distintos directorios del Instituto que en perjuicio de los afiliados admitieron que las contribuciones adeudadas sigan retenidas por el Estado, desinvirtiendo el fondo de financiamiento que constituye la garantía operativa para la cobertura integral de las prestaciones de salud.--------------------------------------------------------------------------------------- Es importante tener en cuenta que el art. 76 de la Constitución Provincial dispone expresamente que no puede darse a las contribuciones otro destino que el específico para el que son recaudadas (el Código Penal contiene una prohibición similar en su art. 260). Con la finalidad de cumplir esa manda constitucional, el Instituto tiene poderes recaudatorios contra la Provincia que las leyes le atribuyen por reenvío del art. 23, ley XVIII N° 12, para el cobro del capital adeudado y sus correspondientes intereses en beneficio de la masa de afiliados de la obra social.---------------------------------------------------------------------------------- Así, el art. 5° de la ley XVIII N° 32 regula que son deberes y atribuciones del Directorio, entre otros, *“aplicar y hacer cumplir fielmente la presente Ley y demás disposiciones que la complementen”* (inc. “a”), y *“recaudar los recursos y establecer su inversión…”* (inc. “g”).------------------------------------------------------------------------------------- Con respecto a las diferentes atribuciones concretas del organismo de administración tendientes a recaudar los aportes, cabe mencionar: a) la retención directa que el directorio de la obra social debe ordenar al Banco del Chubut S.A. sobre los importes que la Provincia reciba de Nación en concepto de regalías y contribuciones por la explotación de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos existentes en el territorio provincial (art. 14, inc. “f”, ley XVIII N° 32); y b) la acción judicial contra el desvío o retención de fondos pertenecientes al Instituto, cuya promoción corresponde al directorio o a cualquier afiliado y/o beneficiario (art. 13, ley cit.).------------------------------------------------------------------------- Por su lado, el art. 14, inc. “l”, de la ley XVIII N° 32 expresa que el incumplimiento del empleador dará lugar a que el Instituto efectúe ante los organismos competentes la pertinente denuncia para su juzgamiento y sanción.-------------------------------------------------

--- Concordando con lo expuesto, el art. 169 de la ley XVIII N° 4 dispone que *“cuando los obligados a hacer aportes no lo realizaran dos (2) meses seguidos, el Instituto de Seguridad Social librará certificados de deuda, que tendrán carácter de títulos ejecutivos”*, mientras que el art. 170 de la misma ley prescribe que *“el juicio de cobro de pesos contra los deudores de aportes, se iniciará de inmediato ante los tribunales competentes”*.----------

--- Esos preceptos legales son el desarrollo concreto de una regla básica del sistema provincial de seguridad social: *la intangibilidad de los fondos destinados a financiar las prestaciones sociales*. La protección que dispensa la Constitución local y la ley a los recursos que integran el fondo de financiamiento de las prestaciones a cargo de la obra social impone un notable límite a la discrecionalidad del Estado Provincial, ya que ese gasto público no puede ser destinado a fines distintos de los de su creación.--------------------

--- Asimismo, por el principio de legalidad que impone a los funcionarios ejercer su competencia con apego a la ley y no a su voluntad personal, el Estado Provincial debe ingresar al Instituto las sumas adeudadas en concepto de aportes y contribuciones, en lugar de confiscarlas como sucede desde hace años.---------------------------------------------------------- En otras palabras, con los recursos del sistema de seguridad social la Constitución no tolera ningún desdoblamiento.--------------------------------------------------------------------------

--- Es que la satisfacción del derecho a la salud exige el desembolso de enormes sumas de dinero, de modo que una gestión administrativa eficiente del Instituto, basada en una perspectiva de derechos, exige concretar la recaudación para alcanzar el nivel de inversión social definido por la propia ley, por cuanto el fondo de financiamiento es el que condiciona las posibilidades de protección del derecho a la salud de los afiliados.------------- --- Por ello, **RESUELVO**:--------------------------------------------------------------------------------- **I.-** Excluirme del grupo representado por el Sr. Defensor del Pueblo en el presente litigio colectivo, a fin de mantener la imparcialidad como juez.---------------------------------------------- **II.-** Certificar que la clase representada por el Sr. Defensor del Pueblo está compuesta por la totalidad de los afiliados a la obra social del I. S. S. y S., menos el suscripto.------------------------------------------------------------------------------------------ **III.-** Correr traslado de la demanda interpuesta por el plazo de cinco (5) días al citado Instituto, y a la Provincia del Chubut en calidad de litisconsorte pasivo necesario.--------------- **IV.-** Decretar como medida cautelar de oficio que dentro del plazo de cinco (5) días la Provincia del Chubut realice los pagos necesarios al Instituto para el restablecimiento de las prestaciones asistenciales y de salud que deben brindarse al grupo representado en la demanda.----------------------------------------------------------------------------------------------------- **V.-** Notifíquese mediante cédula al I. S. S. y S., y por oficios al Sr. Gobernador y al Sr. Fiscal de Estado Adjunto.------------------------------------------------

Martín B. Alesi

Juez