



Ministerio Público de la Nación

EXPTE: N° 44.327/2019

AUTOS: “OBRA SOCIAL PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE C/
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD S/
AMPARO LEY 16.986”

JUZGADO: N° 1

SECRETARIA: N° 1

Señora Juez:

Se corre vista a este Ministerio Público, en los términos del art. 31 de la ley 27.148.

I.- La Obra Social actora promueve acción de amparo en los términos del art. 43 CN contra la Superintendencia de Servicios de Salud a fin de que se declare la ilegitimidad de la Resolución-2019-680-APN que no hizo lugar a la asistencia financiera solicitada y, en consecuencia, se ordene el inmediato cumplimiento del decreto 908/16 (cfr. pto. II del escrito de inicio, fs. 2).

Relata que el 18/5/17 reclamó ante la Superintendencia accionada, en virtud del art. 6 del decreto 908/16, asistencia financiera como consecuencia de los obstáculos que limitaban el cumplimiento de la gestión de la obra social para garantizar las prestaciones de salud.

Destaca que, luego de haber iniciado un amparo por mora con pronunciamiento favorable y firme, la Superintendencia dictó una resolución en la que rechazó la solicitud efectuada hasta tanto se reglamente la forma en que debe procederse para el otorgamiento de recursos del Fondo de Emergencia y Asistencia.

Precisa que el decreto 908/16 es una norma operativa que no requiere reglamentación y la Superintendencia está a cargo de la adjudicación de los recursos a los fines requeridos.

Entiende que no hacer lugar al reclamo de un derecho a la asistencia argumentando su propia inactividad lesiona gravemente el derecho a la salud.

II- Del auto de fs. 38 se desprende que V.S. acordó otorgar a la pretensión el trámite propio de la acción de amparo.

III- Desde el punto de vista formal, cabe señalar que se han cumplido en autos las etapas procesales que contempla la Ley 16.986.

En efecto, incoada la acción se requirió a la demandada la presentación del informe del art. 8° de la ley 16.986, que obra a fs. 43 y ss..

No resta, por otra parte, la producción de prueba que hubiere sido previamente ordenada por V.S..

IV- El proceso se ha dirigido respecto de un acto de autoridades públicas, por lo que encuadra en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

V- En cuanto a la viabilidad de la acción, cabe destacar que conforme ha sido reafirmado por el representante de este Ministerio Público Fiscal ante la Corte *in re* "Gianola, Raúl A. y otros v. Estado Nacional y otros", G. 1400. XL (dictamen compartido por el máximo tribunal en su sentencia del 15.5.07, cfr. Fallos, 330:2255), "...la acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere amplitud de debate y de prueba. Dichos extremos, cuya demostración es decisiva para su procedencia, V.E. los ha calificado



Ministerio Público de la Nación

de imprescindibles (doctrina de Fallos: 319:2955 -con sus citas-; 321:1252 y 323:1825, entre otros)...Por eso, la existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 303:419 y 422), regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (doctrina de Fallos: 303:422)...En este mismo orden de ideas, el Tribunal ha señalado, al delimitar la acción prevista en la ley 16.986, que si bien ella no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178)...La doctrina sobre el alcance y el carácter de esta vía excepcional no ha sido alterada por la reforma constitucional de 1994, al incluirla en el art. 43, pues cuando éste dispone que ‘toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo’, mantiene el criterio de excluir dicha vía en los casos que por sus circunstancias requieran mayor debate y prueba y, por tanto, sin que se configure la ‘arbitrariedad o ilegalidad manifiesta’ en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración, como se dijo, es imprescindible para la procedencia de esa acción (Fallos: 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros)".

VI- Sentado ello, cabe recordar que la pretensión de autos radica en obtener la declaración de ilegitimidad de la Resolución-2019-680-APN que rechazó la solicitud de asistencia financiera efectuada en los términos del decreto 908/16.

Así, a fin de denegar la solicitud de ayuda financiera efectuada por la aquí actora (RESOL-2019-680-APN-SSS#MSYDS), la Gerencia de Administración de la Superintendencia de Servicios de Salud sostuvo que "... el otorgamiento de fondos para situaciones de excepción debe ser analizado con prudencia y criterio restrictivo, a fin de evitar inequidades en su efectivización o apariencia de parcialidad, garantizando mediante normas de alcance general que la distribución de los fondos se realizará de manera imparcial e igualitaria a todos los Agentes de Salud que se encuentren en la misma situación...". Asimismo, agregó que "... no se ha reglamentado aún la forma en que podrán utilizarse los fondos previstos en el artículo 6° del Decreto N° 908/2016 como así tampoco los destinos específicos que se hallarán incluidos dentro de los lineamientos generales contenidos en el mentado Anexo II... lo expuesto constituye un impedimento para hacer lugar a lo requerido... hasta tanto se reglamente la forma en que debe procederse para el otorgamiento de recursos del FONDO DE EMERGENCIA Y ASISTENCIA" (cfr. fs. 26).

VII.- Así las cosas, corresponde ahora adentrarse en la cuestión de fondo, esto es, determinar la existencia o no de una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que justificaría la procedencia de la presente acción de amparo.

La CSJN ha manifestado que no puede sostenerse válidamente que las facultades discrecionales de la Administración la eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también del sello de



Ministerio Público de la Nación

razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. De esta manera, tratándose de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades de esta naturaleza, ello no obsta a que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional de la administración, su ejercicio devino en un acto arbitrario (cfr. CSJN, Fallos: 314:1091). De esta manera, se ha reiterado que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración, recae por un lado sobre los elementos reglados de la decisión-entre los que se hallan la competencia, la forma, la causa y la finalidad-, a lo que se ha añadido el examen de su razonabilidad (cfr. CSJN, “Solá Roberto y otros c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo s/ empleo público”, 25/11/1997).

Se ha concluido, así, que “...la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique violación al principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional” (cfr. CSJN, Fallos: 307:639).

En tales condiciones, desde el punto de vista de la legitimidad del acto administrativo denegatorio de la ayuda financiera solicitada, las alegaciones efectuadas por la demandada, a mi modo

de ver, conlleva un defecto insuperable en la motivación de aquél que acarrearía su invalidez y, consecuentemente, la nulidad absoluta e insanable (art. 7 inc. e y 14 inc. b de la ley 19.549).

En efecto, cabe destacar que “La motivación del acto administrativo es la explicitación de la causa, vale decir, la declaración de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado al dictado del acto, la cual se halla contenida en los ‘considerandos’ y aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad de la actuación de los órganos estatales” (cfr. C.N.A.C.A.F, Sala III, “YPF S.A. c/ PNA-Disp 892/07 (EXPTE 9993/05)”, 16/02/12).

En esta línea de pensamiento, “Todo acto administrativo debe estar motivado (art. 7, inc. e) de la LNPA) con la finalidad de que la Administración, sometida al derecho de un régimen republicano, dé cuenta de sus decisiones, las que pueden ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas y para que el particular afectado pueda ejercer su defensa” (CNACAF, Sala I, "Fernandez Pedro Antonio (TF 23334-A) c/D.G.A.",31/08/10)

Al respecto, la Superintendencia, refiere, primeramente, que el otorgamiento de los fondos para situaciones de excepción “... debe ser analizado con prudencia y criterio restrictivo...” (fs. 26). Esa sola mención genérica y dogmática para no hacer lugar a lo solicitado por la Obra social demandante, no satisface el cumplimiento del requisito de motivación suficiente, ya que la demandada omite invocar fundamentos sólidos que den cuenta de la razonabilidad de su accionar administrativo, máxime cuando su desarrollo adecuado resulta imprescindible en el marco del ejercicio de potestades discrecionales. En otras palabras, la accionada se limita a fijar un



Ministerio Público de la Nación

estándar para la ponderación de las situaciones de excepción que habilitarían el otorgamiento de los fondos mas no lo aplica razonadamente al caso concreto. Desde esta atalaya, el hecho de que se fije un criterio restrictivo para analizar la procedencia de un reclamo en sede administrativa no puede suponer que, *ipso facto*, la autoridad administrativa pueda válidamente denegarlo dispensándose de explicitar precisa y concretamente cuáles son las razones que justifican su posicionamiento frente a aquél.

Tampoco satisface el requisito de motivación suficiente la invocación de la falta de reglamentación del modo de utilización y otorgamiento de los recursos del Fondo de Emergencia y Asistencia (cfr. fs. 26).

En este contexto, es menester señalar que, a través del decreto 908/16, el Poder Ejecutivo estableció un régimen excepcional de distribución de los recursos acumulados al 28/7/16 en el Fondo Solidario de Redistribución que no fueran oportunamente aplicados conforme la normativa vigente deducido el monto no distribuido correspondiente al 2015 (art. 1). En lo que aquí interesa, en el art. 6 del citado decreto, se dispuso “... *la afectación, por única vez, de los recursos del Fondo Solidario de Redistribución la suma de PESOS CUATRO MIL QUINIENTOS MILLONES (\$ 4.500.000.000) con destino a la conformación del FONDO DE EMERGENCIA Y ASISTENCIA de los agentes del seguro de salud descriptos en el artículo 1° de la Ley N° 23.660 y sus modificatorios. Este Fondo, que deberá ser depositado en el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA en una cuenta a nombre de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, será de inmediata y permanente disposición de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE*

SALUD. Los fondos serán destinados a los objetivos y finalidades indicados en el ANEXO II del presente Decreto". En el citado anexo se fija: 1) Asistencia financiera a obras sociales ante situaciones de Epidemias y o Emergencias en el ámbito del territorio nacional; 2) Asistencia financiera a obras sociales que desarrollen programas de prevención aprobados por la Superintendencia de servicios de Salud; 3) Apoyo financiero a las obras sociales para la adquisición y/o remodelación de efectores propios; 4) Asistencia financiera para la adquisición de equipamiento tecnológico para efectores propios de la seguridad social; 5) Asistencia financiera para programas de fortalecimiento institucional de las obras sociales; 6) Apoyo financiero para programas de modernización institucional en el campo informático; y 7) Financiamiento de situaciones de excepción, no contempladas en las normativas vigentes y que produzcan un impacto negativo sobre la situación económico financiera de las obras sociales. Por último, en lo que aquí interesa, el art. 9 establece: "*Dispónese que el MINISTERIO DE SALUD será la autoridad de aplicación del presente decreto y dictará las medidas aclaratorias y complementarias que resulten pertinentes*".

Así las cosas, la demandada no puede válidamente escudarse en la falta de reglamentación de la forma de otorgamiento de los recursos previstos en el decreto 908/16 para justificar el rechazo de la solicitud efectuada en su sede, ya que, de admitirse esta forma de argumentación, quedaría librado al arbitrio de la autoridad de aplicación el hacer cumplir o no, en este caso, el decreto del PEN a través del camino de no reglamentarlo, lo que resulta inadmisibile.

En este sentido, dicha argüida omisión reglamentaria – que ya tiene tres años desde el dictado del decreto- no puede redundar en perjuicio de la aquí actora en tanto a ella le es



Ministerio Público de la Nación

absolutamente ajena. Consecuentemente, la omisión de la autoridad pública se configura porque existe un claro mandato para reglamentar, reconocido por la propia accionada al momento de rechazar la solicitud, que ha sido desoído por un tiempo irrazonable desde el momento del dictado del decreto, lo cual constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual los derechos constitucionales de la actora (cfr. doctrina de la CSJN in re: “Villareal Mario Jesús c/ PEN-PLN y Maxima AFJP s/ amparo”, 30/12/14).

En esta línea de pensamiento, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en reiteradas oportunidades a favor de reglamentar normas que prescriban una conducta cuando esa omisión hace imposible el cumplimiento de un derecho. Así, se pronunció acerca de la falta de reglamentación de derechos y garantías, ya sea supliendo la omisión mediante el dictado de la regulación pertinente (v. gr. derecho a réplica en el precedente ‘Ekmekdjian’ [Fallos 315:1492]; o en el caso de las acciones colectivas en ‘Halabi’ [Fallos 332:111]); o bien, urgiendo a la autoridad responsable para que se establezcan pautas de aplicación que permitan asegurar los derechos constitucionales (‘Mignone’ [Fallos: 325:524]; ‘Badaro’ [Fallos 329:3089]). También esta Cámara se ha pronunciado respecto de omisiones normativas o ante incumplimientos a mandatos expresos del constituyente o del legislador. En tal sentido, ante la falta de reglamentación de una ley por parte del poder administrador, destacó que ‘...frustrar un derecho por la mencionada circunstancia significaría consagrar una hipótesis de inconstitucionalidad por omisión. Así como el texto constitucional cohibe expresamente el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 99, inc. 2º),

idéntica situación se produciría por silencio del órgano competente en la reglamentación de la ley. En las condiciones enunciadas, no es dudoso, por aplicación del principio de jerarquía normativa estatuido en el art. 31 de la CN y que el juez debe respetar (art. 34, inc. 4º del CPCCN), que la pretensión se debe admitir' (Sala III, causa 1774/2015, 'Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ EN-Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986', sent. de 18/8/2016 y su cita)" (cfr. CNACAF, Sala IV, "Cámara de Instituciones de Diagnóstico Médico c/ EN-Superintendencia de Servicios de Salud s/ proceso de conocimiento", 20/2/18).

Asimismo, cabe destacar que "... al estar reconocido el derecho de modo concreto y específico, la omisión de reglamentarlo no puede constituir un valladar para su operatividad, ya que interpretarlo como una mera enunciación de carácter orientador se traduciría en el desconocimiento de la obligación asumida por el Estado [y] ... que la circunstancia de que la norma no establezca un plazo determinado para cumplir con la obligación no es óbice para reconocer la existencia de una omisión en cabeza de la Administración, toda vez que es facultad del Poder Judicial controlar la razonabilidad del actuar de aquélla, incluso en el ejercicio de facultades discrecionales. (cfr. *mutatis mutandi*, CNACAF, Sala V, Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN-Secretaría de Comunicaciones-Dto. 764/00 s/ amparo ley 16.986", 30/06/2009).

También se ha señalado en casos referidos a omisiones reglamentarias respecto de leyes que resultan aplicables analógicamente que "El hecho de que la autoridad de aplicación no haya dictado aún el reglamento correspondiente no significa que la ley



Ministerio Público de la Nación

sea inútil o totalmente inaplicable mientras ello no suceda... De otro modo, en una órbita tan sensible como el derecho a la salud, el efectivo goce de ese derecho... quedaría supeditado a una decisión del Poder Ejecutivo” (cfr. CNACCF, Sala 2, “Basterra Magdalena y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo”, 17/9/10). Por añadidura, “... la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (cfr. CSJN, Fallos 321:2767).

Por todo lo expuesto, considerando también que se encuentra en juego el derecho fundamental de la salud que “...está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (cfr. CSJN, Fallos 338:1110, entre otros); entiendo que la Resolución-2019-680-APN adolece de un vicio grave en su motivación, por tanto, correspondería hacer lugar parcialmente a la acción de amparo al solo efecto de que la accionada emita un nuevo acto en donde trate debida y fundadamente la solicitud de asistencia financiera efectuada por la accionante.

FISCALIA FEDERAL,

de noviembre de 2019. (11)