

DATOS NOTIFICACION ELECTRONICA

Organismo: JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 4 - LA PLATA
Carátula: DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ IOMA Y OTRO/A S/ MATERIA A CATEGORIZAR - OTROS JUICIOS
Número de causa: 30057
Tipo de notificación: RESOLUCION REGISTRABLE
Destinatarios: gomez@fepba.gov.ar, 27300351285@dpu.notificaciones
Fecha Notificación: 10/5/2022
Alta o Disponibilidad: 6/5/2022 13:51:51
Firmado y Notificado por: COPANI Juan Carlos. SECRETARIO --- Certificado Correcto. Fecha de Firma: 06/05/2022 13:51:50 [Certificado](#)
Firmado por: MARTINEZ Maria Ventura. JUEZ --- Certificado Correcto. [Certificado](#)
Firma Digital:  **Verificación de firma digital:** Firma válida

TEXTO DE LA NOTIFICACION ELECTRONICA

-30057-.- DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ IOMA Y OTRO/A S/ MATERIA A CATEGORIZAR - OTROS JUICIOS

La Plata,

Y VISTA:

La medida cautelar solicitada por el Sr. Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, y de acuerdo a los siguientes

ANTECEDENTES y FUNDAMENTOS:

1) Que se presenta el Sr. Defensor del Pueblo de la Provincia, en el marco del artículo 55 de la Constitución Local, conforme la competencia asignada por los artículos 12, 14 y conchs. de la ley 13.834 y esgrimiendo la representación de los afiliados del IOMA, e interpone una Acción Preventiva de Daños con el objeto de evitar la ruptura contractual entre ese instituto de asistencia y la Fundación para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia (FLENI), dirigida a evitar los daños que podrían derivarse para la salud del universo afiliatorio el mismo. Por ello, encauza su demanda contra ambas instituciones y, concurrentemente, peticiona como medida cautelar que no se innove sobre el convenio vigente entre las partes demandadas.

Relata que por medio de diversos medios periodísticos tomó estado público la multiplicidad de reclamos en relación con inconvenientes que tienen los afiliados del IOMA a la hora de realizar diversas prácticas en el hospital de la fundación accionada.

Explica que trascendió la información por parte de la obra social en cuanto a que se estaba dialogando para celebrar un nuevo convenio y que no se habría suspendido la atención; del lado de FLENI, que estaba en proceso de rescisión del convenio vigente.

Señala que tales noticias las tienen confirmadas por cuanto, en sus palabras, “hemos recibido a madres y padres de niños que padecen patologías neurológicas severas, afiliados a IOMA, quienes expresaron que sufren constantes y reiteradas desavenencias para hacer uso de la cobertura en dicha Fundación, y que la misma les resulta imprescindible para su salud, calidad de vida y en algunos casos hasta para su subsistencia.

”Frente a tan grave situación, hemos iniciado investigación de oficio mediante Disposición 4/22 a afectos de dilucidar los hechos referidos al conflicto suscitado, y ante la inminente vulneración del derecho a la salud de los afiliados del IOMA, se convocó en forma urgente a ambas instituciones a una audiencia de conciliación en el seno de la Defensoría.

”Conforme surge de la documental adjunta, se citó a las partes para el día de 3 de Mayo con el objetivo de generar un espacio de diálogo que garantice la continuidad de las prestaciones. No obstante, mediante nota enviada a nuestro Organismo de fecha 2 de Mayo, FLENI manifiesta su imposibilidad de concurrir, y que dicha Fundación ha dispuesto la rescisión del Convenio de prestaciones vigente con IOMA desde el año 2004, refiriendo que la misma se hará operativa a partir del día 11 de Mayo del año 2022”.

Caracteriza conceptualmente la acción preventiva del daño y su acogimiento por el CCyC (arts. 1710 y ss.) para luego llevarla a los hechos del caso y los derechos implicados, particularmente, el particular status del derecho a la salud y a los deberes del estado a su respecto.

Finalmente, solicita la medida cautelar peticionando que, hasta que se resuelva el fondo de la cuestión, se ordene a las demandadas a no innovar respecto de la vigencia del convenio en los términos del art. 230 CPCC, ello a favor de la totalidad de quienes se encuentran en afiliación al IOMA y requieran los servicios de FLENI, debiendo ser atendido con las coberturas de conformidad al mismo.

Puntualizan los presupuestos cautelares considerándolos presentes: la verosimilitud del derecho en base a la documental que acompañan; el peligro en la demora, ante la evidencia de la inminente afectación del derecho a la salud que no podría repararse con la sentencia definitiva; por último, afirma que no resultaría afectado el orden público.

2) De la reseña precedente surge evidente que la tutela provisoria requerida consiste en una medida de no innovar, en el sentido de que se pretende mantener el status quo, con el que se llega al proceso, durante su tramitación como forma de asegurar su eficacia de acuerdo a la pretensión fondal. En el caso, atendiendo que se trata del ejercicio de una acción preventiva del daño que generaría la interrupción de la prestación de servicios por parte de la FLENI, impidiendo la realización de prácticas, terapias, consultas, etc.

Ella, si bien no prevista expresamente en el CPCA, resulta de aplicación en los procesos contencioso-administrativos por la remisión del artículo 22, inciso 2, a "toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las regladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial" cuerpo ritual que la prevé expresamente en el artículo 230. El citado artículo establece la posibilidad del dictado de providencias precautorias cuando se invocare un derecho verosímil, existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o derecho y la medida no afectare gravemente el interés público (respecto de los dos primeros, de manera concordante el art. 230 CPCC, el que precisamente tiende a tutelar del peligro "de que si se mantuviere o alterara, la situación de hecho o de derecho...").

Siendo así, corresponde verificar la configuración de tales presupuestos en el caso, pudiéndose adelantar la conclusión en sentido afirmativo teniendo presente los derechos que se han puesto en jaque (a la salud del colectivo de afiliados de IOMA; con la particular gravedad que presentan, en general, las diferentes afecciones neurológicas que se tratan allí) en proporción de los que se verán provisoriamente afectados (de contenido patrimonial por parte de la fundación codemandada).

a. Verosimilitud del derecho.

Sabido es que la cognición cautelar se limita a un juicio de verosimilitud y no de certeza, toda vez que su otorgamiento "no exige de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro de lo cual, asimismo, agota su virtualidad" (CSJN, Fallos: 306:2060; 313:521; 314:711; 318:2375; similarmente, SCBA causa B. 63.590 "Saisi", res. del 5-III-2003, I. 72.634, "Frigorífico Villa Olga S.A.", res. del 30-IV-2014 e I 73.986, "Cámara de Concesionarios de Playa del Partido de Villa Gesell", res. del 22-XII-2015, entre otras).

Ahora bien, se encuentra abastecido este primer presupuesto no más se atiende que, la documental aportada por el DP, brinda apoyatura al relato de la postulación: se ve ahí las inquietudes, especialmente de madres y padres cuyos hijos/as se atienden y rehabilitan en FLENI, la citación por la autoridad demandante a una instancia de conciliación y, sobre todo, la intención de rescindir por parte de FLENI en tanto responde a dicha citación mediante

nota en la que, a la par de señalar que nadie va a poder concurrir, destacan que en el ejercicio legítimo de sus derechos rescindió el convenio vigente desde el 2004 con el IOMA, de conformidad con las cláusulas del mismo, lo cual comunicó con la antelación suficiente y sin que ello haya sido fehacientemente cuestionado por el Instituto; es más, finalizan su epístola afirmando que no hay conflicto que amerite una instancia conciliatoria.

Lo anterior, nada falta agregar a pesar de esta última afirmación por parte de la representación de la FLENI, pone en evidencia la existencia de un distracto cuyas consecuencias más gravosas no van a recaer ni sobre IOMA y FLENI, sino en terceros “ajenos” al conflicto entre los que se cuentan además, distintas personas con diferentes grados y causas de vulnerabilidad y por lo tanto, además, poseen una tutela diferenciada; especialmente, niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad (dándose el caso de la acumulación de ambas en muchos, como da cuenta las manifestaciones de usuarios que surgen de la documental; conf. (75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 36 incisos 5 y 8 de la Constitución Provincial).

Recuérdese que la Corte IDH, ha sostenido que “tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (OC 17/02, párr. 54, bastardilla agregada). Precizando en la misma oportunidad que, “en el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia” (ídem, párr. 60).

A ello se aduna una causal extra, y por tanto de especial tutela (conf. art. 36.5 CP), para quienes posean una discapacidad, dado que su particular estatuto protectorio (Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante CDPC), posee jerarquía constitucional (aprobada por ley 26.378 y dicho rango por ley 27.044) con un objetivo general bien definido: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1). Y esto, por otra parte, sería sólo una parte del ese universo afiliatorio, quienes en las circunstancias del caso gozan de un plus sobre la tutela general del derecho a la salud, el cual su entidad misma pone en emergencia la necesidad de otorgar una inminente protección, frente a cuestiones de neto corte patrimonial.

En efecto, el mismo posee tal entidad que, incluso, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado Argentino pues, como sostuvo la Corte IDH, “en relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado” (destacado agregado; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149. párr.89)

Tan alta exigencia obedece a que, en definitiva, para ese Alto Tribunal Regional, el derecho a las prestaciones de salud forman una todo indivisible con el mismísimo derecho a la vida y a la integridad personal, en sus palabras: “los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación” (Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 170). Deber, este último, que compromete también la actividad jurisdiccional en su carácter de garantía (conf. Calamandrei) y del Poder Judicial como otro aspecto del poder estatal.

En la misma línea que el tribunal interamericano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha puntualizado que "...la preservación de la salud integra el derecho a la vida, circunstancia que genera una obligación impostergable de las autoridades de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. Arts. 33, 75 inc. 22 y 23 la Constitución Nacional y Fallos 323:1339 y 3229 y 331:2135, entre otros...)" (doct. CSJN, causa "P.L., J.M. c/ I.O.M.A s/ amparo, sent. del 19-III-2014).

b. Peligro en la demora.

De acuerdo al relato de la demanda, el que resulta consistente con la documental aportada, la amenazada interrupción devendría en los próximos días, lo que pone en destaque la inminencia del perjuicio alegado.

Así se verifica en autos la configuración de este presupuesto calificado, incluso con un carácter irreversible para algunos pacientes según el caso (especialmente para quienes rehabilitan, pues los días perdidos no se recuperan como es sabido), por lo que asume un contorno especial no tanto como riesgo de frustración de los efectos de una sentencia futura sino más bien como el perjuicio que genera el mantener la situación fáctica con la que se llega al proceso (vid. Calamandrei, P.; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, trad. Marino Ayerra Merín, ed, el Foro, Buenos Aires, 1996, n°18 passim) o de sostener en el tiempo el estado de insatisfacción so riesgo de un frustración definitiva (conf. Berizonce, R.O.; Tutela anticipada y definitiva, J.A.1996-IV-749).

Destáquese que bienes tales como la vida o la salud, conforme ya fuera visto, no admiten la posibilidad de una verdadera reparación y, consecuentemente, se impone mantener la integridad del derecho en sí mismo (conf. Marinoni, L.G.; *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 4° ed., 2006, pp. 38/39) requiriendo, por lo tanto, una anticipación jurisdiccional, a los fines de evitar o maximizar su lesión (conf. ídem, p.33).

A mayor abundamiento, hay otro análisis, conectado con el sub-principio de ponderación ya citado, que lleva a decidir favorablemente el pedimento cautelar, y es el del balance de perjuicios.

En efecto, esta particular naturaleza de los derechos en juego donde se está poniendo en jaque la salud de potencialmente todos los afiliados al organismo y hace que el perjuicio que eventualmente produzca la concesión de la medida (continuación de los términos de un convenio con larga vigencia entre las partes), sea menor que aquél que se produciría de denegárselo, (conf. doct. SCBA I. 72.669, "Picorelli", res. 24-IX-2014; similarmente, B.65.168, "Burgués", res. 30-IV-2003; asimismo, vid. Vallefin, C.A.; *Protección Cautelar Frente al Estado*, Abeledo Perrot, 2009, pp. 40 y ss.), no más se considere el trasfondo patrimonial del distracto.

c. Por lo demás, en cuanto al interés público, se advierte fácilmente que, en tanto la medida propende a tutelar el derecho a la salud de un porcentaje importante de la población, frente a intereses patrimoniales de los codemandados, contrariamente a verse afectado, es otro de los bienes tutelados con ella.

A ello se aduna que, el carácter internacional de los derechos de marras ponen en riesgo la aludida responsabilidad del Estado Argentino.

Por ello,

RESUELVO:

1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada ordenando al IOMA y a la FLENI que mantengan y den continuidad al convenio vigente a la fecha entre ambas, debiendo seguir desarrollando su relación en base al mismo, hasta tanto se resuelva en definitiva (arts. 22, 23 ss. y cc. CPCA; 230 y cc. CPCC).

2) Sin costas por no haberse suscitado controversia (arg. art. 51 CPCA).

3) Eximir de contracautela en consideración a la legitimación pública e institucional del demandante y la naturaleza colectiva de los bienes cuya tutela reclama.

Regístrese y notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles (art. 153 CPCC).

Registro N°.....

Para verificar la notificación ingrese a: <https://notificaciones.scba.gov.ar/verificar.aspx>
Su código de verificación es: HP37T0

