

En la ciudad de General San Martín, a los 30 días del mes de diciembre de 2.015, se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Jorge Augusto Saulquin, Hugo Jorge Echarri y Ana María Bezzi, para dictar sentencia en la causa N° 4.266, caratulada "**CUADRADO, MIGUEL ANGEL Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CARLOS CASARES Y OTROS S/ AMPARO**".

ANTECEDENTES

I.- A fs. 779/793, el señor Juez de grado resolvió hacer lugar a la acción de amparo incoada, debiendo el Municipio de Carlos Casares arbitrar los medios que estime pertinentes, tendientes a reglamentar en un plazo de noventa (90) días la Ordenanza N° 3.547/13, lo cual implica: a) Instalación de una Unidad / Centro de Diálisis, en observancia a la Ley N° 22.853 referente a las normas de organización y funcionamiento de la práctica dialítica y las que en consecuencia corresponda observar/aplicar; b) En el caso de la máquina de diálisis y de tratamiento de agua, a los efectos de hacer efectivo el funcionamiento del servicio de terapia intensiva, deberá arbitrar los medios que estime adecuados con motivo de asegurar la asistencia efectiva de un médico nefrólogo y un técnico capacitado.

Por su parte, el Municipio debe presentar ante la instancia de grado un plan de trabajo circunstanciado con motivo de evaluar por etapas – mediante entregas de las constancias que así lo acrediten – el cumplimiento de lo dispuesto.

Asimismo, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios del doctor Sergio Raúl Andreoli en la suma equivalente a cuarenta (40) JUS; al doctor Juan Pedro Sarraude en la suma equivalente a veinte (20) JUS y, a la doctora Juliana Cuesta, en la suma equivalente a veinticinco (25) JUS, a los que debía adicionarse el 10 % en concepto de contribución previsional, y el I.V.A. en cuanto correspondiere a la situación particular del profesional actuante. No se regularon honorarios al doctor Miguel Horacio Paso, en función del Decreto N° 7.543/69.

El Juez de grado estableció que el incumplimiento de la condena habilita la imposición de sanciones conminatorias (arts. 666 bis del Código Civil; 163 de la Constitución Provincial; 37 y 511 del CPCC; 25 de la Ley N° 13.928 – texto según Ley 14.192).

Para así decidir consideró, en lo sustancial, lo siguiente:

a) Que, en cuanto a la admisibilidad y pertinencia de la prueba requerida por los demandados, el contenido de las audiencias celebradas en el marco de la presente acción ha permitido recrear con claridad prístina las circunstancias fácticas y técnicas que rodean el reclamo efectuado. Señaló que la prueba obtenida en tales audiencias, aunada al restante material probatorio que integra la causa, torna innecesaria la apertura de la causa a prueba.

b) Que los actores interpusieron acción de amparo contra la Municipalidad de Carlos Casares y contra la Provincia de Buenos Aires, por ser pacientes con insuficiencia renal crónica en tratamiento de hemodiálisis, pacientes trasplantados y ciudadanos de la localidad de Carlos

Casares, que se encuentran privados del servicio médico de Nefrología y Hemodiálisis en esa localidad, según Ordenanzas Nº 2684/2.000 y Nº 3.547/2013. Solicitaron se garantice la prestación de tales servicios y tratamientos en forma urgente, con motivo de tener a su cargo la atención primaria de la salud de personas que carecen de cobertura social.

c) Que los representantes de la Municipalidad de Carlos Casares, contestaron que una de las principales políticas llevadas a cabo por esa gestión gira en torno a la salud, lo que supone cumplir con el deseo de la instalación y creación de la sala de Nefrología y Hemodiálisis, tornándose por ello abstracto el objeto perseguido por el presente. Asimismo, que la puesta en práctica de la presente cuestión se encuentra sujeta a un proyecto de trabajo y a una serie de factores externos que exceden la voluntad y predisposición del gobierno de turno y de las personas que lo componen, tales como la obtención de fondos para financiar la construcción y equipamiento de la sala, la adquisición de máquinas y la contratación de personal especializado, con voluntad de radicarse en forma permanente en Carlos Casares. Y que no se está en presencia de un acto arbitrario e ilegal por parte del Estado sino discrecional, en el cual el Municipio - por razones de mérito, oportunidad y conveniencia - elige organizar sus funciones, estructurar y ejecutar su presupuesto.

d) Que la Provincia de Buenos Aires manifestó que los amparistas no han formalizado pedido alguno al Ministerio de Salud en relación al objeto del amparo y, consecuentemente, no pueden alegar acción manifiesta que lesione sus derechos. Señaló que la obligación de prestar los servicios de salud y garantizar la atención médica en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires pesa sobre el Ministerio con carácter subsidiaria de la actuación de las Obras Sociales y programas de salud prestados por entes de naturaleza privada en beneficio de los afiliados a los mismos. Y que, de acuerdo a lo informado por el Ministerio, todos los amparistas (con excepción de Gabriel Gabrieli) son afiliados a una Obra Social (IOMA y PAMI), la que les otorga cobertura 100 % de la prestación hemodiálisis, descartables y traslados. Respecto del señor Gabrieli, expuso que existen Hospitales Públicos que prestan el servicio de Hemodiálisis y se refirió al Programa Nacional de Diálisis destinado a pacientes con insuficiencia renal crónica terminal que no poseen cobertura social y que no tienen cupo para ser atendidos en Hospitales Públicos. Finalizando, que resultaría irracional como política sanitaria a nivel provincial, que la provincia instale un centro de diálisis (con la complejidad y altos costos que ello conlleva) en la región que menos pacientes tiene en todo el territorio, sin que ello implique desconocer el derecho a la salud de esos pacientes. Y que, de acuerdo a lo informado por el responsable del Programa de Diálisis Provincial, existe un centro de prestación del servicio en la Localidad de 9 de Julio (a 48 km de Carlos Casares), en donde reciben atención algunos de los amparistas.

e) Que, expuestos los antecedentes del caso, la cuestión se centra en determinar si existe un accionar ilegítimo y/o arbitrario por parte de los demandados, que ponga en riesgo la salud de los accionantes y, en su caso, garantizar la obligación impostergable del Estado de asegurar la efectiva prestación del derecho constitucional en juego mediante acciones positivas.

f) Que, previa mención del art. 43 de la Constitución Nacional, el reclamo de los amparistas se corresponde con una situación común en cuanto a que, como ciudadanos de la localidad de Carlos Casares – que padecen insuficiencia renal crónica terminal – ven afectado su derecho a la salud, exigiendo el cumplimiento de la Ordenanza Nº 3.547/13, mediante la cual el Concejo Deliberante dispuso la instalación de un Servicio de Nefrología y Hemodiálisis en esa localidad y la adquisición de una máquina de Hemodiálisis para el tratamiento dentro del Hospital Municipal y de una máquina de tratamiento de agua a los efectos de completar el sistema de terapia intensiva. Ergo, entendió que los actores cuentan con legitimación suficiente a los fines del reclamo incoado.

g) Que, previo relato de los hechos que no se encuentran controvertidos, los actores no han evidenciado algún acto concreto donde el Estado Provincial haya omitido o negado en forma ilegal o manifiesta el compromiso asumido en el marco del Programa Provincial de Diálisis (Resolución Nº 4.458/95), deviniendo un exceso exigir a la Provincia que arbitre los medios necesarios para suplir la mora y la omisión en la que habría incurrido el Municipio en reglamentar la Ordenanza que disponía la creación de un centro de diálisis con el consecuente nombramiento del personal técnico necesario para operativizar la citada prestación en la localidad de Carlos Casares. Consecuentemente, no cabía hacer lugar al planteo formulado por los actores respecto al Ministerio de Salud Provincial.

h) Que el *quid* de la cuestión se centra en la circunstancia de no haber satisfecho el Municipio de Carlos Casares la prestación del servicio de Hemodiálisis, temperamento que constituiría una omisión lesiva de la autoridad pública que habría vulnerado derechos constitucionales en forma ilegal y arbitraria.

i) Que, tal como lo anticipara la SCJBA, el punto central de la presente acción se corresponde con el dictado de la Ordenanza Nº 3.547/13 y con el tiempo transcurrido, sin que se haya dado acabado cumplimiento a la misma.

j) Que, previa mención del marco legal aplicable, en contraposición a lo argüido por la representante legal del Municipio – en cuanto pregonó que correspondía decretar la nulidad de la mencionada Ordenanza, so pretexto que el Honorable Concejo Deliberante había invadido la esfera de actuación o competencia del Poder Ejecutivo – no podía merecer favorable acogida. Señaló que el art. 108 inciso 2 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Nº 6.769/58) faculta al Poder Ejecutivo a promulgar las Ordenanzas o vetarlas dentro del plazo de diez (10) días de notificadas, motivo por el cual, habiéndose promulgado la normativa legal citada, goza de plena vigencia y deviene exigible. Agregó que, si al momento del dictado de la Ordenanza el Departamento Ejecutivo no tenía los recursos pertinentes para cumplir con la ejecución de la citada ordenanza (pese a la falta de un plazo determinado para su puesta en práctica), y juzgaba que la implementación de la misma se inmiscuía en el ámbito de su competencia o que la ejecución de la obra sería de factura imposible o incierta pudiendo llegar hasta comprometer la administración pública a su cargo, contaba la Jefatura Comunal con la herramienta legal prevista en el citado artículo para supeditar o vetar la entrada en vigor del acto administrativo decretado por el Honorable Concejo Deliberante. “*Ello, sin dejar de acentuar que, bien podría haberse utilizado*

otras instalaciones edilicias para instrumentar el aludido centro, aunque más no sea en forma provisional o temporal, hasta la efectiva ejecución de las obras materiales alegadas en el Nosocomio Local”.

k) Que, en otro orden, con fecha 16 de abril del corriente año se celebró una audiencia a la que asistieron dos (2) médicos nefrólogos, quienes aportaron con sus conocimientos una serie de detalles sumamente enriquecedores. Asimismo, que se celebró una audiencia anterior a la mencionada, donde el representante legal del Municipio informó que su mandante adquirió una máquina de diálisis aguda y una para el tratamiento de agua, adjuntando copia simple del contrato que se habría celebrado entre el Municipio de Carlos Casares, el técnico y la nefróloga. Señaló que, por dicho instrumento, se habrían comprometido a instalar el centro de diálisis y completar el servicio de diálisis aguda, asumiendo la obligación de aportar la aparatología y sus servicios – entre otras – y el municipio a brindar el lugar físico para cumplimentar finalmente con la obligación asumida. Se agregó que se pondría a disposición de los pacientes con IRCT un sector del hospital con una línea de teléfono y personal afectado a la misma con motivo de recibir información en torno a su problemática, hacer consultas respecto de los trámites que deben efectuar a fin de acceder al transplante, etc.

I) Que, en la segunda audiencia celebrada el 16 de abril del corriente año, la representante legal del Municipio – a fin de acreditar la existencia de la máquina de diálisis en el servicio de terapia intensiva – adjuntó copia simple de historias clínicas de pacientes con insuficiencia renal crónica que fueron asistidos en el centro de diálisis aguda instalado en el Hospital de Carlos Casares, dando cuenta con tal medio probatorio documental de la efectiva adquisición de la máquina y de la asistencia de cuanto menos cuatro (4) pacientes que recibieron tratamiento de diálisis.

II) Que, sin embargo, tal lo señalado por esta Cámara de Apelación , mediante constancia médica extendida por el Dr. Perbost – certificada por actuario (fs. 653/654) – se consignó que el señor Prieto, quien padecía insuficiencia renal crónica con tratamiento de diálisis trimestral, no pudo dializar el 14/05/15 ante la ausencia del servicio de Diálisis en la localidad de Carlos Casares, por lo que, de nulos efectos prácticos “*se aprecia la existencia de una máquina de diálisis aguda en el Hospital cuando no existe la presencia activa y regular de aquellos recursos humanos tendientes a garantizar la efectiva prestación del tratamiento*”.

m) Que, en cuanto a la obligación asumida en la primera audiencia de establecer contacto con las áreas de salud del municipio a fin de que por intermedio de las mismas se realizaran entrevistas y se facilitara el acceso de los pacientes a lista de espera, la representante legal se limitó a expresar que se había puesto a disposición el teléfono del hospital para brindar la información que los pacientes requiriesen. Entendió que esa circunstancia fáctica “*asomó desprovista de alguna constancia objetiva que permita corroborar la efectiva afirmación de tales apreciaciones. Absolutamente nada aportó la demandada para apontocar sus exclamaciones. Bien podría, verbigracia, haber arrimado al proceso las distintas tareas implementadas para difundir por los medios locales de comunicación la prestación que se había comprometido a realizar, como también haber acompañado alguna evidencia que diera cuenta de la persona designada para*

realizar tal tarea. Tampoco acompañó la demandada prueba tendiente a comprobar la efectiva existencia del supuesto expediente en trámite ante el Ministerio de Salud destinado a lograr la efectiva habilitación del centro de hemodiálisis”.

n) Que, previa cita de jurisprudencia, sin pretender ese organismo jurisdiccional entrometerse en facultades propias inherentes al Poder Ejecutivo, se intenta evaluar la razonabilidad y legitimidad del acto y, en su caso, determinar si se ha ocasionado un menoscabo en los derechos involucrados. De allí que, considerando lo previsto por el art. 43 de la Constitución Nacional, se advertía que la inacción por parte del Municipio de Carlos Casares frente al compromiso asumido en el año 2.013 con la promulgación de la Ordenanza Nº 3.547, resulta arbitraria e ilegítima desde que “*bajo el ropaje de la ausencia de un plazo para su ejecución ha postergado por más de dos años la salud de las personas que padecen Insuficiencia Renal Crónica, al privárseles a sus vecinos afectados de la asistencia dialítica que debía garantizar en su localidad*”.

ñ) Que, ante esa situación, las personas afectadas por dicha patología debieron recurrir a centros aledaños para poder recibir el tratamiento que su organismo les exige para poder mantenerse con vida, de acuerdo a las consideraciones efectuadas por los especialistas en la materia que acudieron a la audiencia del 16/04/15.

o) Que, por otra parte, ha quedado comprobado mediante sendas actuaciones notariales la falta de funcionamiento de una unidad de hemodiálisis y una máquina de tratamiento de agua en el hospital de Carlos Casares para los casos de urgencia, como así también que tal circunstancia motivó la partida de distintos pacientes a ciudades aledañas para poder dializarse, con los riesgos que ello implica. “*Aduno a ello, la no menor circunstancia de que la demandada trajo a cuenta que la médica nefróloga se hallaba cursando un embarazo, no surgiendo de las presentes actuaciones que el Municipio hubiese adoptado algún recaudo para suplir su ausencia y garantizar el servicio que se reclama, antes bien, las constancias de la causa muestran justamente que durante el período de gestación de la galena contratada, cuanto menos, el servicio no se prestaba regularmente, ya que a fs. 653/654 se observa que uno de los vecinos de la localidad de Carlos Casares al concurrir el nosocomio no pudo dializarse y completar la dosis de tratamiento*”.

p) Que el Municipio tampoco ha cumplido aquel compromiso que suscribió en el contrato de locación de servicios, habida cuenta que restando apenas dos (2) días para vencer el plazo establecido en la cláusula primera del convenio citado, período de doce (12) meses donde debían implementarse las obras necesarias para la instalación y funcionamiento del centro, se encuentra pendiente de resolución la ejecución de aquel propósito. Señaló que “*recién se exterioriza un principio de acatamiento formal con el deber asumido en el año 2.013 con el dictado de la Ordenanza Nº 879 de fecha 26/05/2015*”.

q) Que, con apego a las explicaciones y recomendaciones realizadas por los nefrólogos que testificaran en la audiencia antes consignada, cuyas voces se alzan como dirimentes en la resolución del conflicto, tanto más cuando su disciplina científica se observa como absolutamente indispensable para el tratamiento de los actores, y los restantes medios probatorios que

respaldan, corroboran y complementan la demanda, correspondía hacer lugar a la acción intentada.

II.- Contra dicho pronunciamiento (ver fs. 801/807 vta.), el representante de la parte actora interpuso recurso de apelación, agraviándose por lo siguiente:

- a) Por entender que la sentencia se aparta de lo requerido como objeto procesal de la *litis*.
- b) Por considerar que no se fijó plazo para la real y efectiva prestación de los servicios y tratamientos médicos requeridos en la demanda incoada.
- c) Por la circunstancia de que el juzgador desconozca la arbitrariedad e ilegalidad con que el Estado Provincial omitió el cumplimiento de sus obligaciones de coordinación y solidaridad con las obras sociales y con el Estado Municipal, respecto del aseguramiento del derecho a la salud, a la vida y a una calidad de vida digna de los pacientes con patologías renales. “*Ni siquiera proveyendo de un sistema de derivación eficaz ante urgencias dialíticas*”.
- d) Porque no se incluyeron en la sentencia definitiva las medidas cautelares ordenadas por esta Cámara, entabladas como adelanto de la tutela, “*destacando que las mismas se establecen a los efectos de asegurar los niveles mínimos de los derechos vulnerados, hasta tanto se cuente con los servicios y tratamientos en Carlos Casares instalados y funcionando de manera plena e íntegra*”.
- e) Por considerar bajos los honorarios regulados.

Respecto al primer agravio, advirtió que se solicitó en la demanda se “*ordene al Municipio de Carlos Casares la prestación de los servicios de Nefrología y Diálisis, dando inmediato cumplimiento a las Ordenanzas 3547/13 y 2684/2000*”.

Expuso que el sentenciante, si bien reconoce en los fundamentos esgrimidos la urgencia en encontrar una pronta tutela; “*en la parte resolutiva de la sentencia impugnada ordena una manda hacia el estado diferenciada de nuestra pretensión: reglamentar en 90 días la ordenanza 3547/13. Lo cual implica supeditar la real efectivización de los servicios y tratamientos de ley a la voluntad y diligencia del Departamento Ejecutivo Municipal*”.

Con relación al segundo agravio, escribió que el juzgador no estableció un plazo para la efectiva y real prestación del Servicio de Nefrología y Diálisis en Carlos Casares, violando el requisito impuesto por la Ley de amparo provincial.

En cuanto al tercer agravio, hizo hincapié en las obligaciones de coordinación y solidaridad del Estado Provincial, “*quien responde a las mismas obligaciones convencionales del Estado en cuanto a ser el principal garante del derecho a la salud de sus habitantes...*”.

Expuso que “*el Ministerio de Salud ejerce el poder de policía sanitaria respecto de las actividades comprendidas respecto a los servicios y tratamientos médicos contemplados dentro de los hospitales de los municipios que integran la provincia y posee facultad de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias a tal fin. De él dependen las facultades de*

habilitación y contralor del Hospital Julio F. Ramos. La existencia misma del Programa Nacional de Diálisis destinado a pacientes con IRC, y la resolución 4485/95 confirman y acentúan la responsabilidad del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires en cuanto al sostenimiento de los servicios y tratamientos médicos aquí requeridos”.

Relató que el Ministerio de Salud y Acción Social es la autoridad de aplicación para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales y municipales; “*sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo las Políticas sustantivas e instrumentales de la Secretaría de Salud (Decreto 1269/92)*”.

Luego de hacer referencia a lo previsto por la Ley Nº 24.901 y por la Ley Nº 10.592, señaló jurisprudencia de la Corte Nacional y dispuso que no quedan dudas respecto a la arbitrariedad e ilegalidad incurridas por parte del Ministerio de Salud y de la Provincia de Buenos Aires.

En relación al cuarto agravio, relativo a la “*omisión de integrar en la sentencia las medidas cautelares firmes*”, expuso que “*las medidas cautelares ordenadas en la presente acción aún se encuentran incumplidas; toda vez que el Municipio no presta un servicio de diálisis aguda de manera efectiva, regular y permanente. No ha incorporado un médico nefrólogo para que preste servicios en el hospital Municipal; no ha pedido registros a los centros de la zona, ni ha implementado el Programa Preventivo de aspecto asistencial – Comunicación 03/13*”.

Finalmente, peticionó se confirme la sentencia recaída en lo que no fue motivo de agravio, con expresa mención de que el Estado Municipal y provincial han desconocido expresas obligaciones estatales respecto de: a) la obligación de progresividad (no regresividad); b) la obligación de adoptar medidas inmediatas; c) la obligación de garantizar un mínimo esencial de los derechos; d) la obligación de no discriminación.

III.- Por medio de la presentación de fs. 808/815 vta., apeló la letrada apoderada del Municipio accionado, agraviándose por lo siguiente:

a) Por cuanto el Juez consideró que la prueba obtenida en las audiencias fijadas “*aunada al restante material probatorio que integra la causa*”, torna innecesaria la apertura de la causa a prueba. Señaló la prueba pendiente de producción (documental, informativa, testimonial, confesional y de reconocimiento judicial).

b) Porque se consideró que el *quid* de la cuestión se centra en la circunstancia de no haber satisfecho el Municipio de Carlos Casares la prestación del servicio de hemodiálisis, temperamento que constituiría una omisión lesiva de la autoridad pública que habría vulnerado derechos constitucionales en forma ilegal y arbitraria. Explicó que la Ordenanza cuestionada Nº 3.547, establece que el Poder Ejecutivo dispondrá de la implementación de la misma, en el tiempo que considere pertinente, sin generar condicionamiento alguno, lo que significa que no se ha sujetado a plazos de cumplimiento.

c) En tanto se dijo “...en contraposición a lo argüido por la representante legal del Municipio, en cuanto pregonó que correspondía decretar la nulidad de la mentada ordenanza so pretexto que el Honorable Concejo Deliberante había invalidado la esfera de actuación o competencia del Poder Ejecutivo, de modo alguno puede merecer favorable acogida a la luz de la normativa legal expuesta...”.

d) Porque en ningún momento se sostuvo que la ejecución de la obra fuera de factura imposible o incierta y capaz de llegar a comprometer la administración pública.

e) Ya que no se tuvo en cuenta el aporte de información y prueba documental adjuntado el 06/08/15, cuando se denunció haber dado cumplimiento a las medidas cautelares ordenadas.

f) Por cuento se dijo: “*La representante legal se limitó a expresar que se había puesto a disposición el teléfono del hospital para brindar la información que los pacientes requiriesen. Esta circunstancia fáctica asomó desprovista de alguna constancia objetiva que permita corroborar la efectiva afirmación de tales apreciaciones. Absolutamente nada aportó la demandada para apontocar sus exclamaciones. Bien podría, verbigracia, haber arrimado al proceso las distintas tareas implementadas para difundir por los medios locales de comunicación la prestación que se había comprometido a realizar, como también haber acompañado alguna evidencia que diera cuenta de la persona designada para realizar tal tarea*”. Explicó que no se leyó la presentación del día 06/08/15, donde se hizo saber sobre la persona afectada a dicha tarea (Viviana Frase, trabajadora social). Asimismo, que en ningún momento su parte asumió el compromiso de montar una campaña tendiente a promocionar la asistencia a este tipo de pacientes en las condiciones aludidas.

g) Ya que se expuso que “*Tampoco acompañó la demandada prueba tendiente a comprobar la efectiva existencia del supuesto expediente en trámite ante el Ministerio de Salud destinado a lograr la efectiva habilitación del centro de hemodiálisis*”. Señaló que aquí tampoco se leyó la última presentación, mediante la cual se le aportaran todas y cada una de las aclaraciones que solicitara respecto de las medidas cautelares ordenadas a su parte, “*que ya se encuentran desde hace rato, siendo efectivamente cumplidas*”.

h) Porque se perdió de vista el trasfondo político que tiene la cuestión y los intereses encubiertos de algunas personas que iniciaron la acción y que se encuentran empecinadas en probar incumplimientos en donde no los hay, ya que lo único que han obtenido de su parte han sido respuestas concretas.

i) Porque, a su entender, resulta prácticamente imposible que haya “*quedado comprobado mediante sendas actuaciones notariales la falta de funcionamiento de una unidad de hemodiálisis y una máquina de tratamiento de agua en el hospital de Carlos Casares para los casos de urgencia, en virtud de que desde que existe la máquina, el servicio se ha prestado efectiva y permanentemente*”.

j) En virtud de que la demandada no “*trajo a cuenta que la médica nefróloga se hallaba cursando un embarazo*”. El embarazo efectivamente existió. Y porque tampoco es cierto que “*de las presentes actuaciones surja que el Municipio no hubiese adoptado algún recaudo para suplir su ausencia y garantizar el servicio que se reclama*”. Señaló que el Juez nunca leyó la última presentación que realizara su parte (del 06/08/15), dando cuenta del cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas, desconociendo que fue el Dr. José Luis Tello, médico nefrólogo, oriundo de la ciudad de 9 de Julio, quien suplió la ausencia de la Dra. Forti durante su licencia.

k) Ante la referencia del magistrado que indica “*hacer cesar los daños producidos por la inacción estatal lesiva...*”. Señaló “*ya se ha manifestado que no se han producido daños, ni se ha observado inacción en el caso que nos convoca, por eso consideramos que la decisión debe ser revisada junto a los fundamentos que le sirvieron de sustento*”.

I) Porque, expuso, resulta arbitraria la imposición de costas a la demandada.

II) Ya que el criterio adoptado al resolver deja de lado y se desentiende totalmente de los intereses del Estado y de las cuestiones prácticas que se encuentran involucradas en la presente cuestión.

Peticionó se revise y morigere la resolución dictada, adecuándola a la realidad de los hechos, previa constatación de todos los extremos alegados por las partes, con expresa imposición de costas a la parte actora.

IV.- A fs. 818 se concedieron los recursos de apelación interpuestos a fs. 801/807 y 808/815 vta., por las partes actora y demandada respectivamente, confiriéndose traslado por el término de tres (3) días (art. 17 de la Ley Nº 13.928).

V.- A fs. 839/866 vta., la parte actora contestó el traslado conferido, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia en lo que no resultó materia de agravio. Hizo expresa mención de que el Estado Municipal y el Provincial han desconocido expresas obligaciones estatales, a saber: la obligación de progresividad (no regresividad), la de adoptar medidas inmediatas, la de garantizar un mínimo esencial de los derechos y la de no discriminación.

Peticionó se ordene al Municipio de Carlos Casares la prestación de los servicios de nefrología y diálisis de manera real, efectiva, regular y permanente en el plazo que se considere pertinente.

Asimismo, se ordene al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires arbitre los medios y recursos necesarios para garantizar la prestación de dichos servicios y tratamientos, en razón del “*Programa Provincial de Diálisis*” y del Programa Nacional garantía de calidad de atención médica (Resolución Nº 39/97).

Por último, se integre la sentencia recaída con las medidas cautelares oportunamente dictadas en autos, como adelanto de tutela, remitiendo las actuaciones para que el Juez de grado ordene y controle su efectivo cumplimiento en forma urgente.

VI.- A fs. 867/872, contestó demanda la apoderada de la Municipalidad, solicitando se desestime el recurso de apelación interpuesto por la actora, con expresa imposición de costas.

VII.- A fs. 873, se elevaron las actuaciones a este Tribunal y, recibidas según constancia de fs. 875 vta., se decidió devolverlas a la instancia de origen atento que no se había corrido traslado de los recursos interpuestos a la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (ver fs. 876/876 vta.).

VIII.- A fs. 878, el Juez de grado confirió traslado a la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires por el término de tres (3) días (arts. 17 y 18 de la Ley Nº 13.928).

IX.- A fs. 880/884 contestó el traslado conferido el representante de la Fiscalía de Estado, manifestando que el recurso no podía prosperar en tanto la actora no aportó argumentos para demostrar que se encuentren presentes los presupuestos inexcusables que hagan procedente la acción de amparo.

En primer lugar, consignó que “*...de ningún modo es cierto que esté comprobada la inexistencia de la ejecución de las obras previstas en ordenanzas y comunicaciones municipales, o que se verifique en el caso regresividad en las obligaciones estatales*” (fs. 881).

En segundo lugar, reafirmó la totalidad de los argumentos expuestos al contestar la demanda, a los que se remitió en homenaje a la brevedad, “*y de los que resultan las facultades de la administración en materia de políticas sanitarias, y las limitaciones del poder judicial para pronunciarse acerca de la conveniencia de estas cuestiones*” (fs. 881 vta.).

Asimismo, que la cuestión traída a litigio se ha resuelto por aplicación de la normativa y jurisprudencia aplicable, sin que se advierta agravio alguno.

Destacó que, si bien se ha demandado a la Provincia, prácticamente todos los cuestionamientos y supuestos actos u omisiones que invoca la actora para sostener su queja están referidos a la órbita de la administración municipal.

X.- A fs. 886, habiéndose cumplimentado el traslado conferido, se elevaron las actuaciones a esta Alzada.

XI.- Recibidas según constancia de fs. 888 vta., este Tribunal decidió a fs. 889 ordenar medidas para mejor proveer (art. 36 inc. 2 del CPCC), que fueron cumplidas y sustanciadas (fs. 1061/1066 y 1093/1103), habiéndose dejado sin efecto la prueba pericial. y determinado la innecesariedad de otra medida (conf. 1104 vta). Resueltas diversas incidencias (fs. 1112 y 1122) los autos se encuentran en condiciones de dictar sentencia.

El Tribunal establece la siguiente cuestión:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

VOTACION

A la cuestión planteada el señor Juez Jorge Augusto Saulquin dijo:

1) En primer lugar, cabe aclarar que los recursos de apelación interpuestos resultan formalmente admisibles. Es que fueron presentados en escritos fundados (ver fs. 801/807 vta. y fs. 808/815 vta.), contra la sentencia definitiva (ver fs. 779/793) y dentro del plazo previsto (cfr. arts. 16 y 17 de la Ley N° 13.928, las notificaciones de fs. 798/799 vta., de fecha 10 de agosto de 2.015 y los cargos de fs. 807 vta. y 817 vta., del 13 de agosto de 2.015 a las 12:57 hs. y del 14 de agosto del mismo año a las 09:01 hs.).

2) Seguidamente, corresponde poner de manifiesto que -tal como lo señalara nuestro más alto Tribunal Provincial en la resolución de fs. 488/496 vta.- el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución, tanto de la Provincia de Buenos Aires, como de la Nación Argentina. El hombre es 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 (conf. causas SCBA B. 64.942; B. 65.493; B. 65.282 y B. 65.337).

Asimismo, que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema), se ha reafirmado "*el derecho a la preservación de la salud*" -comprendido dentro del derecho a la vida- y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Fallos 321:1684; 323:3229).

Finalizando, que este Tribunal tiene dicho que corresponde tener presente el bien jurídico tutelado y el ordenamiento aplicable. Es que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone, en el art. 12, que "*Toda persona en la Provincia goza, entre otros de los siguientes derechos:...3) al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral*" y reconoce entre los derechos sociales, a la salud (ver esta Cámara *in re*: causas N° 2.844, caratulada "Ruiz, Matías Ezequiel c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo", sentencia del 31 de octubre de 2.011; N° 3.116/12, caratulada "Bustos, Viviana Belén c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Amparo", sentencia del 14 de mayo de 2.012; entre otras). En efecto, el art. 36 inc. 8 establece que: "*La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud...*".(Ver esta Cámara *in re*: causa N° 2.872/11, caratulada "Ayala, Jorge Gerardo s/ Amparo", sentencia del 31 de octubre de 2.011, entre otras).

Por último, que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.) dispone lo siguiente: "*Derecho a la preservación de la salud y bienestar. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales...*" (art. 11) (Ver esta Cámara *in re*: causas N° 2.844, caratulada "Ruiz, Matías Ezequiel c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo", sentencia del 31 de octubre de 2.011; N° 3.116/12, caratulada "Bustos, Viviana Belén c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Amparo", sentencia del 14 de mayo de 2.012; entre otras).

3) Habiendo dejado en claro la trascendental importancia del derecho a la salud y su reconocimiento normativo constitucional y supraconstitucional, habida cuenta de las distintas aristas que se fueron desprendiendo en la presente causa en torno a temas delicados y sensibles ya que involucran -en definitiva- el derecho a la vida; a los fines de la correcta interpretación de mi voto entiendo oportuno comenzar por lo que -a mi criterio- resulta ser el marco del amparo, para luego tratar los agravios de los contendientes.-

4) En esa inteligencia, es dable puntualizar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -a fs. 488/496 vta.- al tomar intervención en las presentes con motivo del recurso extraordinario planteado oportunamente, expresamente sostuvo que: "*Sobre el punto, cabe tener presente que este Tribunal tiene dicho que la procedencia del amparo se justifica principalmente en las razones de urgencia que pretenda el caso, en atención a sus particularidades, dada la naturaleza de los bienes comprometidos y el derecho que surge conculado (doct. Causas B. &4942, sent. del 6-X-2004; B 65.493, sent. del 9-XII-2004; B. 65.282, sent. del 31-VIII-2005 y B. 65.337, sent. del 24-V-2006; entre otras)"* y que "*Las circunstancias del caso no aparecen tan complicadas...dado que está fuera de discusión que, ante la inexistencia del servicio de hemodiálisis en el hospital público de Carlos Casares el Concejo Deliberante dictó el 29-IV-2013 la ordenanza 3547 cuya ejecución -casi un año después- en definitiva persiguen los amparistas (ver cargo a fs. 33)"* (ver fs. 495, tercer párrafo).

Recuérdase al respecto que la Ordenanza nº 3547 del HCD del Municipio de Carlos Casares – promulgada mediante el Decreto obrante a fs. 49- establece: "*Artículo 1º: Dispóngase en Carlos Casares, la Unidad de Nefrología y Diálisis dentro del Hospital Municipal, en un todo de acuerdo con las normas sanitarias vigentes. El Departamento Ejecutivo dispondrá de la implementación de la presente ordenanza en el tiempo que considere pertinente, sin generar condicionamiento alguno a la presente.*

Artículo 2º: Disponer la adquisición de una máquina de hemodiálisis para el tratamiento de diálisis aguda dentro del Hospital Municipal y de una máquina de tratamiento de agua a los efectos de completar el sistema de Terapia Intensiva.-

Artículo 3º: Facúltese al Departamento Ejecutivo a imputar los gastos que demande la presente ordenanza de las partidas correspondientes"(fs. 48 del cuaderno de prueba de la parte actora -lo resaltado me pertenece).

5) Bajo tales parámetros y más allá del objeto liminar pretendido por los actores, no es posible soslayar que -en lo sustancial- la SCBA ha sellado el camino a dilucidar en el marco de este amparo; esto es, determinar si el Municipio de Carlos Casares ha puesto en ejecución la Ordenanza Nº 3.547, dictada por el Concejo Deliberante el 29 de abril de 2.013.

Es decir, el Máximo Tribunal Provincial ha fijado cuál es el parámetro de la ilegitimidad manifiesta cuya elucidación debe efectuarse en autos; el que –en lo sustancial- se circumscribe al cumplimiento de la Ordenanza 3547 del HCD de Carlos Casares.

Conforme a lo expuesto, es dable advertir que ha quedado fuera del objeto de la litis el debate acerca de las políticas sanitarias, en tanto –como ha sostenido el Máximo Tribunal Provincial- ha sido el propio órgano deliberativo municipal quien estableció que se instale una unidad de diálisis y nefrología en el hospital público, mediante la sanción de la Ordenanza citada.

A mi juicio, la perspectiva precedentemente explicitada se compadece con lo establecido por el Tribunal Cimero Provincial, pues se ajusta a la naturaleza propia de la acción expedita y rápida del amparo, así como en las características del tipo de proceso y el interés perseguido y tutelado.

En definitiva, ante el hecho indiscutido de la sanción de una norma específica que prevé la instalación de una Unidad de Nefrología y Diálisis dentro del Hospital Municipal; debe examinarse –ante el plazo transcurrido desde su dictado- si la omisión de cumplimiento de dicho mandato normativo expreso resulta manifiestamente ilegítima o arbitraria.

6) Sobre tales perspectivas de análisis, he de remarcar sobre todo, que es en este estadio el momento preciso en que se puede apreciar la totalidad de la prueba colectada en la primera instancia.

También he de subrayar que más allá de que en autos no se recibió específicamente la causa a prueba, la existente en las actuaciones resulta ser abundante y esclarecedora. Ejemplo de ello ha sido la celebración de las audiencias a las que convocara el Magistrado de grado, con la presencia de profesionales de la salud y en la que han participado activamente las partes, debatiendo ampliamente la totalidad de los temas propuestos (conf. arts. 11 y 12 de la ley 13.928).-

7) Ahora bien, sentado lo expuesto, cabe recordar que el Sr. Juez de grado al dictar la sentencia ha condenado a la Comuna demandada a la instalación de una **Unidad / Centro de Diálisis**, en los términos de la Ley Nº 22.853 (sobre organización y funcionamiento de la práctica dialítica) y las normas que en consecuencia corresponda observar.

En ese contexto, y ante las diversas presentaciones de la demandada (conf. fs. 1062 y sig.) en que se asevera que la ordenanza exclusivamente ordena la instalación de una UNIDAD, en lugar de un SERVICIO de hemodiálisis –como pretende la actora-, se advierte la necesidad de determinar en esta instancia el alcance de la ordenanza cuya ejecución se ha pretendido por esta vía.

8) En este orden, luce clarificador el testimonio del Dr. Mariano García prestado en el marco de la segunda audiencia convocada por el magistrado de grado, que consta grabada en el DVD anexado a fs. 631.

Ante las preguntas del a quo, explica la diferenciación existente entre Unidad, Centro y Servicio. Específicamente, al referirse a la unidad señala que su finalidad persigue la atención a pacientes de requerimiento agudo y de crónicos descompensados. En tanto que el centro se encargaría de la atención de pacientes crónicos y que el mismo funciona extrahospitalariamente. En cuanto al Servicio, unificaría los dos conceptos, funcionando dentro de un nosocomio y prestando los dos

servicios, esto es a los crónicos y pudiendo atender dentro de la internación, a los agudos o crónicos agudizados.-

En este marco, la Resolución 1704/2007 del Ministerio de Salud Nacional – Dirección de Calidad de los Servicios de Salud – Programa Nacional de Garantía de la Atención Médica – DIRECTRICES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE DIÁLISIS, establece –en lo que aquí interesa-que: “*La diálisis extracorpórea (hemodiálisis) podrá realizarse en (1) centros de diálisis, (2) servicios de diálisis o (3) unidades de diálisis.*-

1.- Centro de diálisis: Es el establecimiento asistencial destinado a la terapéutica sustitutiva dialítica únicamente en pacientes con insuficiencia renal crónica, donde puede desarrollarse:

a. Consulta especializada.

b. Tratamiento dialítico en pacientes con insuficiencia renal terminal.

Contará con un establecimiento de referencia con internación y terapia intensiva, que posea servicio de hemodiálisis o unidad renal y ubicado a no más de 2 horas de traslado. Deberá tener una sala de recuperación y reanimación y traslado asegurado del paciente al establecimiento de derivación. (...)

2.- Servicio de diálisis: es aquel que funciona dentro de un establecimiento de salud, dedicado a la terapéutica sustitutiva dialítica en pacientes con insuficiencia renal aguda o crónica u otra patología que requiera tratamiento dialítico. Debe contar obligatoriamente con sector separado para dializar pacientes que requieran aislamiento.

Sólo podrán funcionar en establecimiento con tercer nivel de resolución. La sala de diálisis debe estar ubicada en un área de circulación restringida.

Debe proveer los medios para poder dializar emergencias en otras áreas de la institución mediante la disposición permanente o trasladable del equipamiento médico requerido, asegurando la calidad del agua y/o solución de diálisis conforme a lo establecido en esta norma.-

3.- Unidad Renal: Es aquella donde se brinda tratamiento dialítico a pacientes con insuficiencia renal aguda o insuficiencia renal crónica que requieran internación. Sólo podrá funcionar en establecimientos que reúnan las características descriptas en el punto 2.

Deberá contar con un equipo de diálisis asegurando el suministro de agua y/o solución de diálisis conforme a lo establecido en esta norma.

La unidad renal podrá depender de un Servicio o Centro de Diálisis, que proveerá dicha práctica en forma descentralizada y asumiendo la responsabilidad correspondiente”.-

Por su parte y con relación a los Recursos Humanos se establece: “*III.a. MEDICO*

Los establecimientos deberán contar con la siguiente dotación profesional:

a.- Un (1) director médico responsable del Centro o Servicio de Diálisis o Unidad Renal, especialista en nefrología con una experiencia no inferior a dos (2) años en tratamiento dialítico, luego de haber obtenido el título de especialista.

b.- En caso de ausencia del director médico, la responsabilidad será transferida fehacientemente a un profesional que deberá reunir las mismas condiciones de capacitación que figuran en el punto III.a. a).-

c.- Médicos nefrólogos que aseguren el correcto seguimiento de los pacientes, en particular en lo que hace a la evolución clínica del paciente con insuficiencia renal crónica estadio 5, a razón de 1 cada 40 pacientes o fracción mayor de 20. Los directores médicos podrán cumplir esta función.-

d.- Otros médicos, nefrólogos o con experiencia no menor a seis (6) meses en tratamiento dialítico, y por lo menos de dos años de formación en clínica médica, que podrán cumplir la guardia de turno de diálisis. Estos médicos pueden ser los mismos que se encuentren mencionados en los puntos anteriores.-

e.- Se contará con la asistencia de Psicólogo/Psiquiatra, Nutricionista y Asistente Social.

f.- La Unidad Renal puede depender de un servicio o centro de diálisis. En caso de no hacerlo, el médico a cargo deberá reunir los requisitos del punto III a.

g.- La dotación del personal de cada unidad debe ser suficiente para asegurar la atención médica permanente durante su horario de funcionamiento, y en ningún caso podrá ser inferior a un médico cada 20 pacientes y/o fracción mayor de 5 por encima de 20. Asimismo, es imprescindible la presencia del médico en el ámbito del servicio de diálisis o de la unidad o del Centro mientras se encuentren en ella pacientes en proceso de diálisis y/o bajo cuidado circunstancial por intercurrencias eventuales, Fuera del horario de atención, debe contar con guardia médica pasiva.-

h.- Deberá investigarse serológicamente a todo el personal médico de los centros, servicios o unidades de diálisis para la detección de marcadores de los virus de la hepatitis B y C y HIV con una frecuencia de una vez por año como mínimo, Asimismo, este personal deberá ser protegido mediante inmunización activa con vacuna antihepatitis B".-

"IV INSUFICIENCIA RENAL AGUDA

a.- La Terapias Sustitutivas de la Insuficiencia Renal Aguda incluyen: procedimientos intracorpóreos (diálisis peritoneal) o extracorpóreos (hemodiálisis, hemoperfusión, plasmaseparación y hemofiltración con o sin reposición de fluidos, o combinación de estas técnicas con utilización de dispositivos de tecnología médica con aplicación de membranas).-

b.- Los pacientes con insuficiencia renal aguda que requieran simultáneamente cuidados intensivos y tratamiento dialítico deben ser dializados en un área distinta a la destinada al tratamiento de los pacientes en diálisis crónica. Éstos sólo podrán ser dializados por servicios de diálisis o unidades de diálisis.-

La indicación y prescripción del procedimiento de sustitución de la función del riñón en caso de falla renal aguda, respondiendo al criterio médico será efectuada por un nefrólogo.-

La prescripción del tratamiento incluirá: el tipo de tratamiento (hemodiálisis, hemofiltración, terapias combinadas, etc...), el tiempo de duración del mismo, el carácter intermitente o continuo, el tipo de membrana a utilizar (de bajo flujo o alto flujo) y la dosis de diálisis. La modalidad elegida será responsabilidad del nefrólogo de acuerdo a las características del caso” (lo resaltado me pertenece).

9) También resulta pertinente resaltar las siguientes constancias que a mi criterio, resultan relevantes de la causa:

a.- Conforme surge del acta de audiencia del día 26 de marzo de 2015 glosada a fs. 593/595, a fs. 593 in fine surge lo siguiente, en relación a la letrada apoderada de la Municipalidad de Carlos Casares: “Expresa que las medidas cautelares, y los plazos que se impusieron para su cumplimiento, resultan irrazonables dada la complejidad de la obra. Refiere que algunas medidas se cumplieron. Actualmente terapia intensiva cuenta con la máquina de diálisis aguda y se incorporó un médico nefrólogo y un técnico. Solicita que se requieren otros tiempos para el cumplimiento de lo solicitado”.-

b.- A fs. 594 el letrado de la actora menciona: “Que no les consta la compra de la máquina de diálisis aguda. Solicita se requiera la factura de la compra e información del nefrólogo que autorizó esos tratamientos”.-

c.- A fs. 631 consta el DVD que contiene la audiencia celebrada el día 16 de abril de 2015. En esa oportunidad la parte demandada menciona la adquisición de la máquina de diálisis y la de tratamiento de aguas, ambas para tratamientos en terapia intensiva, que no mereció objeción.-

d.- A fs. 632 se ordena agregar en el cuaderno de prueba de la parte demandada las historias clínicas (en copia) de pacientes atendidos con patología renal aguda en la UTI del Hospital Municipal, y el contrato de locación de servicios de la médica nefróloga y del técnico.-

e.- A fs. 210 del cuaderno de prueba de la demandada obra copia de la ordenanza –registrada bajo el número 3650 del 1 de septiembre de 2014- que convalida el contrato de locación de servicios con el sr. Martín Andrés Raño y la Dra. María Magdalena Forti, para realizar la instalación y funcionamiento del Servicio de Hemodiálisis y Nefrología en el Hospital Municipal de Carlos Casares.-

f.- A fs. 635 obra copia del oficio suscripto por el Presidente del Incucai, Ministerio de Salud de la Nación, donde informa que: “a) El Incucai no cuenta con un registro de médicos nefrólogos que se desempeñen en la especialidad de nefrología. B) y c) En número de pacientes en diálisis con domicilio en la localidad de Carlos Casares es de trece (13), de los cuales cinco (5) se encuentran inscriptos en la lista de espera para transplante renal. D) la responsabilidad de inscribir pacientes en el Registro Nacional de Insuficiencia Renal Crónica Terminal (IRCT) se encuentra a cargo del

profesional que realiza el tratamiento de diálisis, en tanto que la inclusión en lista de espera para trasplante es responsabilidad del equipo de trasplante habilitado.".-

g.- A fs. 752 vta. el Juez de grado resuelve intimar a la Municipalidad de Carlos Casares para que en el perentorio plazo de cuarenta y ocho horas de notificado dé estricto cumplimiento a las medidas cautelares decretadas en la causa, bajo apercibimiento de astreintes.-

h.- a fs. 772/6 la comuna responde la intimación cursada. Entre otras cosas, sostiene que desde noviembre de 2014 el Servicio de Terapia Intensiva del hospital local cuenta con el equipamiento necesario para brindar el tratamiento de diálisis aguda.-

Señala que se ha contratado a un técnico y a una especialista en nefrología, y ante su licencia por maternidad, el servicio es prestado por el Dr. Tello.-

10) Como lo anticipara precedentemente, ha sido vasta la tarea desplegada por la parte actora en la recolección de elementos tendientes a avalar la razón de sus peticiones iniciales.

También reitero que el tema introducido por la índole tratada resulta sensible y complejo; cuestión ésta que de ningún modo pretende este voto soslayar o dejar de apreciar.

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que: "*el art. 20, ap. 2º de la Constitución provincial -al igual que el art. 1º de la ley 7166 y modificatorias (vigente en el ámbito provincial)- estatuye que la garantía de amparo podrá ser ejercida por los particulares cuando por cualquier acto, hecho u omisión, proveniente de autoridad pública, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales (arts. 43, Const. nac.; 20 inc. 2º, Const. prov.; 1, ley 7166; doctr. causas B. 59.168, "Riusech", sent. del 16-II-1999; B. 58.002, "Rodríguez", sent. del 6-X-1998; B. 59.728, "Maida", sent. del 3-V-2000; B. 62.257, "Herrera", sent. del 3-X-2001; B. 64.413, "Club Estudiantes de La Plata", sent. del 4-IX-2002; B. 64.200, "Chacur", sent. del 27-XI-2002; B. 63.788, "Llusá", sent. 25-V-2003 y B. 66.035, "Soria", sent. del 19-VII-2006; entre muchas otras en idéntico sentido)"*.-

Ha precisado ese Tribunal que la ilegalidad del acto debe aparecer de modo claro y manifiesto, de suerte que no basta que el proceder denunciado entrañe la restricción de alguna libertad constitucional. A este respecto se requiere que el acto carezca del mínimo respaldo normativo tolerable para subsistir como tal o, dicho en otros términos, que haya surgido al margen del debido proceso formal que constituye el fundamento de validez de toda norma jurídica (doct. causa B. 66.035 antes citada).

En los precedentes ya señalados, se ha puntualizado que un acto o una conducta serán manifiestamente ilegales si claramente no concuerdan con la regla jurídica que prescribe lo debido, es decir, siempre que el contenido de un precepto inferior no se conforme con las prescripciones de un precepto que le es superior, ya se trate de una ley, de un decreto o de un reglamento ilegal o de un acto administrativo contrario a una ley, reglamento o decreto.

También ha dicho el Superior Tribunal que existe ilegalidad cuando se omiten aplicar o se interpretan mal preceptos legislativos, mientras que la arbitrariedad exhibe un juicio especialmente negativo frente a las normas, vale decir que la primera se presenta cuando se configura un supuesto de desconocimiento o aplicación errónea de la regla jurídica que corresponde para el caso, mientras que la arbitrariedad constituye la manifestación abierta y caprichosa sin principios jurídicos.

Siguiendo esa línea de razonamiento recordó que para que la vía del amparo tenga andamiento el comportamiento arbitrario o ilegítimo debe presentarse de manera visible, manifiesta; es decir, en forma clara, patente, indudable, inequívoca, notoria, ostensible, para no hacer de esta vía el vademécum que solucione todos los problemas, subsumiendo los carriles procesales en sólo uno, cuando la Constitución y las leyes marcan distintos derroteros. El amparo es una herramienta útil, pero no para cualquier situación (SCBA LP B 66345 S 26/11/2008).-

11) En este contexto, y a partir de las pautas delineadas por el Superior Tribunal Provincial, he de subrayar que el objeto de la acción de amparo intentada se circunscribe a determinar si ha mediado una omisión ilegítima en poner en marcha esta UNIDAD RENAL, que conforme surge de la Resolución Ministerial antes transcripta, se refiere a la atención de pacientes con insuficiencia renal aguda dentro del Hospital municipal de Carlos Casares.

En efecto, a mi juicio, la Ordenanza 3547/13 establece la instalación de una unidad renal, en el sentido indicado por la normativa aplicable. Esto es, para la atención de pacientes agudos en terapia intensiva o de crónicos reagudizados. Ello se ve corroborado en tanto en el art. 2º de la mentada ordenanza se establece que debe adquirirse una bomba de agua y un aparato de hemodiálisis; recaudos necesarios para la atención en terapia intensiva.

En ese orden de ideas, no me caben dudas de que el objeto del presente amparo, de todas las loables y escuchables pretensiones sólo puede involucrar la creación y funcionamiento de la unidad renal dentro del Hospital Municipal, ya que es allí donde específicamente se comprueba la existencia de una norma y su incumplimiento manifiesto y lesivo por parte de la Comuna, lo que conlleva la antijuridicidad de su comportamiento, al no poner en marcha lo sancionado dentro de un margen prudencial y razonable de tiempo.

12) Ello así, no resulta controvertido en autos que a la fecha de iniciación de la litis, la unidad renal -con las características señaladas y en orden a lo establecido por la citada ordenanza- no se encontraba en funcionamiento.

Nótese que fue a raíz de la iniciación del presente proceso y el dictado de las medidas cautelares que el Municipio terminó instalando la máquina de diálisis y la de tratamiento de aguas en el servicio de terapia intensiva del nosocomio, así como contrató los servicios de un nefrólogo y un técnico a los fines de la prescripción del tratamiento en UTI. Tales presupuestos, y más allá de la presentación de fs. 772/776, han sido aclarados en la audiencia celebrada con fecha 16/04/2015 (ver fs. 631), que como dijera, no fuera objetada por la contraria.-

También ha quedado establecido que la comuna ha contratado un técnico y una nefróloga para la dirección y prescripción de los tratamientos en consonancia con la normativa citada (ver resolución 1704/2007 del Ministerio de Salud Nacional y testimonio del Dr. García obrante en la audiencia señalada).-

En ese orden de ideas, cabe calificar la conducta de la codemandada Municipalidad de Carlos Casares como manifiestamente antijurídica, en cuanto en autos, quedó demostrado que el cumplimiento de la ordenanza (instalación de una UNIDAD RENAL para agudos) con la premura necesaria obedeció al cumplimiento de un mandato judicial imperativo y no a una conducta propia, libre y diligente, observadora de los preceptos constitucionales que rigen el caso (conf. SCBA, doc. B. 65493, 9-XII-2004, en tal entendimiento, CCASM causa Nº 748/05, caratulada "Torrejón, Alejandro c/ Provincia de Buenos Aires I.O.M.A. s/Acción de Amparo", del 12 de septiembre de 2006; Nº 863/06, caratulada "Vega, Justina c/Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/amparo", del 7 de diciembre de 2006 y causa Nº 1259/08 "Paz, Aldo Gabriel c/Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) s/amparo", de fecha 27 de marzo de 2008).

Por ello entiendo que, no obstante encontrarse –prima facie- cumplimentado el objeto principal de la presente, contenido en la ordenanza citada como dijera ab initio, corresponde efectuar un pronunciamiento de condena, que –en lo sustancial- implica disponer -de modo definitivo- lo oportunamente ordenado en la medida cautelar.

13) En esas condiciones, si bien la condena en orden a la instalación de la Unidad Renal (para la UTI) ha de recaer sobre la Municipalidad de Carlos Casares, lo cierto es que la Provincia de Buenos Aires no resulta ajena en el marco de sus deberes constitucionales en torno a la protección del derecho a la salud.

Es que, sin perjuicio de la responsabilidad de la Comuna en el cumplimiento de la Ordenanza nº 3547; no es posible soslayar que el Estado Provincial, como se dijo precedentemente, posee obligaciones de importancia que no pueden ser soslayadas o dejadas de lado.

En esa inteligencia, aun cuando no se advierte un incumplimiento concreto de la Provincia de Buenos Aires con relación a la ejecución de la ordenanza municipal; entiendo que la Administración Provincial debe ser condenada a afrontar los gastos que irroguen los traslados de los pacientes crónicos a los centros de diálisis más cercanos a Carlos Casares, de aquellos que carecieren de obra social o que su obra social no cubriere el traslado.

En efecto, a mi juicio, condenar –en la especie- exclusivamente a la Municipalidad resultaría incompatible con los principios constitucionales imperantes en la materia, por cuanto implicaría desconocer los deberes de la Provincia en orden a la protección del derecho a la salud y las posibilidades económicas y presupuestarias de las Comunas.

No obstante, tales gastos deberán ser abonados hasta tanto se habilite el centro de diálisis que la Comuna se encuentra construyendo.

14) En definitiva, corresponde modificar el decisorio de grado en los siguientes términos: admitir la acción de amparo con los siguientes alcances: a) condenar a la Municipalidad de Carlos Casares para que dentro del término de 20 días hábiles ejecute la Ordenanza nº 3570 a cuyo fin deberá encontrarse instalado y en pleno y regular funcionamiento la UNIDAD RENAL dentro del Hospital de Carlos Casares; b) disponer que la Municipalidad efectivice lo demás ordenado en la medida cautelar trabada a fs. 511/512 (confirmadas por esta cámara conforme resolución de fs. 708/715) -que más adelante se precisará-; c) condenar a la Provincia de Buenos Aires que abone los gastos que irroguen los traslados de todos aquellos pacientes con insuficiencia renal crónica -que carecieren de obra social o que su obra social no cubriera el traslado- a los centros de diálisis más cercanos, hasta tanto se encuentre habilitado y en funcionamiento el centro de diálisis que se encuentra en obra.

15) Cabe precisar que lo dicho hasta aquí no implica desconocer el afigente cuadro de situación que expone la actora y de la comunidad de Carlos Casares.-

Sin embargo, en las condiciones señaladas precedentemente, el tratamiento de las demás cuestiones propuestas excede la competencia del tribunal, en tanto el poder judicial no está facultado para valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 inc. 18 y 32. (conf. esta alzada, in re: "Picca", S. 22-V-2007).-

En ese marco, coincido con la idea de que el Poder Judicial no tiene a su cargo funciones que son más propias de las políticas sociales o sanitarias en general, sino que queda reservado como garantía ante el incumplimiento de un plan específico en la materia (conf. SCBA, Ac. 98260, "L. R. H. c/ Argaraña Birocco s/medidas cautelares, s. del 12/7/2006"). Circunstancia esta última que se circunscribe a la puesta efectiva en funcionamiento de la ordenanza transcripta supra.-

16) No obstante, en razón de los hechos expuestos en cuanto a la inexistencia de un servicio de atención para pacientes con insuficiencia renal crónica en el ejido del Municipio de Carlos Casares, corresponde recordar que conforme la SCBA ha sostenido en la causa A. 69.733, "Pueblas", sent. del 4-XI-2009, existen especiales situaciones, como la que se tuvo por acreditada en autos, frente a las cuales las normas constitucionales exigen que se articulen decisiones de acompañamiento que atiendan aquéllas (Preámbulo de la Const. nacional; arts. 75 incs. 22 y 23 de dicha norma fundamental; 11 y 15 de su par provincial), sin que ello implique desborde de la competencia funcional del Poder Judicial (arts. 160 y 161 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.).

Asimismo, es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "no compete a la Corte Suprema valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado. Pero como intérprete final de principios de rango constitucional, le incumbe velar, en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho" (Fallos 301:771; en similar sentido, Fallos 300:1282 y disidencia de las señoras Juezas E. I. Highton de Nolasco y C. Argibay in re "Rodríguez K. V. c/Estado Nacional y ot. s/amparo", sent. del 7-III-2006), situaciones en las que se impone adoptar

una posición equilibrada que armonice el ejercicio de la función jurisdiccional útil con la correlativa limitación institucional de igual jerarquía jurídica.

En esa inteligencia, no puedo dejar de mencionar que la Comuna ha traído a conocimiento del tribunal y las partes, el comienzo de una obra de mayor envergadura a la prevista por la ordenanza comunal nº3547/2013, que en definitiva abarcaría ampliamente la problemática de los habitantes de la comunidad de Carlos Casares que padecen algún trastorno nefrológico, independiente de la faz aguda.-

Por ello, y habida cuenta de que es la autoridad administrativa el órgano natural encargado de atender requerimientos como los que solicitan los amparistas -a través de los organismos competentes- y que, por otra parte, el Poder Judicial –como parte integrante del Estado- está facultado a impulsar medidas de acción positiva para asegurar la protección de los derechos (conf. doc. SCBA Ac. 98260, "L., R. H. c/ Argaraña Birocco s/medidas cautelares, s. del 12/7/2006), considero **necesario exhortar a las autoridades comunales a impulsar el rápido avance de la obra pública encarada al respecto y que, por su parte, el Poder Ejecutivo Provincial preste adecuada colaboración en el marco de sus competencias, instrumente acciones positivas y arbitre** las medidas adecuadas de protección que garanticen la satisfacción de las necesidades involucradas y reconocidas al encarar la obra en el Hospital Municipal del Municipio de Carlos Casares.-

17) En función del modo en que propongo resolver los recursos articulados, considero inoficioso el tratamiento de los restantes agravios.

18) Por todo lo expuesto y a la luz de los argumentos dados, propongo a mis distinguidos colegas:

I. Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de la actora y de la codemandada Municipalidad de Carlos Casares y

II. Consecuentemente, modificar el decisorio de grado en los siguientes términos: Admitir la acción de amparo con los siguientes alcances:

a) condenar a la Municipalidad de Carlos Casares para que dentro del término de 20 días hábiles ejecute la ordenanza 3570 a cuyo fin deberá encontrarse instalado y en pleno y regular funcionamiento la UNIDAD RENAL dentro del Hospital de Carlos Casares;

b) disponer que la Municipalidad de Carlos Casares efectivice las demás medidas ordenadas en los puntos b y d de la resolución precautoria de fs. 511/512 (confirmadas por esta cámara a fs. 708/715), dentro del plazo de diez días hábiles. Esto implica en síntesis: (1) la incorporación al mencionado Hospital Municipal de un médico especializado en nefrología con experiencia en diálisis, diálisis aguda y personal de enfermería técnico capacitado para atender a los actuales enfermos con insuficiencia renal crónica y a la población en general; (2) que la Comuna requiera a todos y cada uno de los centros de diálisis de la zona que inscriban en el respectivo registro de pacientes en diálisis a los ciudadanos de Carlos Casares en tratamiento; (3) que la Comuna proceda a: (i) informar al CUCAIBA sobre cada paciente, garantizando su derecho al trasplante de órganos, (ii) brindar el asesoramiento y la gestión de estudios y trámites necesarios para inscribir a los

pacientes que así lo requieran en el Registro Nacional de Enfermedad Renal Crónica del Sistema de Información de Procuración y Transplante de la República Argentina (SINTRA) a los efectos de que puedan formar parte de la lista de espera de transplantes de órganos y (iii) inscribir a los enfermos renales en el Registro Nacional de Enfermedad Renal Crónica de Adultos (RERCA);

c) condenar a la Provincia de Buenos Aires que abone los gastos que irroguen los traslados de todos aquellos pacientes con insuficiencia renal crónica –que carecieren de obra social o que su obra social no cubriera el traslado- a los centros de diálisis más cercanos y todos los gastos relativos para asistir con un acompañante a los centros de transplante, hasta tanto se encuentre habilitado y en funcionamiento el centro de diálisis que se encuentra en obra. También deberá costear los gastos de estudios médicos y trámites necesarios para que los pacientes con Insuficiencia Renal Crónica que no posean recursos y/o cobertura médica accedan a la inscripción en lista de espera.

III. Exhortar a las autoridades comunales a impulsar el rápido avance de la obra pública encarada al respecto y que, por su parte, el Poder Ejecutivo Provincial preste adecuada colaboración en el marco de sus competencias, instrumente acciones positivas y arbitre las medidas adecuadas de protección que garanticen la satisfacción de las necesidades involucradas y reconocidas al encarar la obra en el Hospital Municipal del Municipio de Carlos Casares.- IV. Teniendo en cuenta que la medida señalada anteriormente fue cumplimentada en el marco del dictado de la medida cautelar y el principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias serán impuestas a los codemandados Municipalidad de Carlos Casares y Provincia de Buenos Aires (arts. 19 y 25 de la ley 13928 y 68 del CPCC).-

V. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad, así como la apelación de los honorarios regulados en primera instancia.

VI. Comunicar la presente –mediante la forma de estilo- al Registro de Juicios de Incidencia Colectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. **ASI VOTO.**

Los Sres. Jueces Echarri y Bezzi votaron a la cuestión planteada en igual sentido por idénticos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

En virtud del resultado del Acuerdo que antecede el Tribunal **Resuelve:**

I. Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de la actora y de la codemandada Municipalidad de Carlos Casares y

II. Consecuentemente, modificar el decisorio de grado en los siguientes términos: Admitir la acción de amparo con los siguientes alcances:

a) condenar a la Municipalidad de Carlos Casares para que dentro del término de 20 días hábiles ejecute la ordenanza 3570 a cuyo fin deberá encontrarse instalado y en pleno y regular funcionamiento la UNIDAD RENAL dentro del Hospital de Carlos Casares;

b) disponer que la Municipalidad de Carlos Casares efectivice las demás medidas ordenadas en los puntos b y d de la resolución precautoria de fs. 511/512 (confirmadas por esta cámara a fs. 708/715), dentro del plazo de diez días hábiles. Esto implica en síntesis:

(1) la incorporación al mencionado Hospital Municipal de un médico especializado en nefrología con experiencia en diálisis, diálisis aguda y personal de enfermería técnico capacitado para atender a los actuales enfermos con insuficiencia renal crónica y a la población en general;

(2) que la Comuna requiera a todos y cada uno de los centros de diálisis de la zona que inscriban en el respectivo registro de pacientes en diálisis a los ciudadanos de Carlos Casares en tratamiento;

(3) que la Comuna proceda a: (i) informar al CUCAIBA sobre cada paciente, garantizando su derecho al trasplante de órganos, (ii) brindar el asesoramiento y la gestión de estudios y trámites necesarios para inscribir a los pacientes que así lo requieran en el Registro Nacional de Enfermedad Renal Crónica del Sistema de Información de Procuración y Transplante de la República Argentina (SINTRA) a los efectos de que puedan formar parte de la lista de espera de transplantes de órganos y (iii) inscribir a los enfermos renales en el Registro Nacional de Enfermedad Renal Crónica de Adultos (RERCA);

c) condenar a la Provincia de Buenos Aires que abone los gastos que irroguen los trasladados de todos aquellos pacientes con insuficiencia renal crónica –que carecieren de obra social o que su obra social no cubriera el traslado- a los centros de diálisis más cercanos y todos los gastos relativos para asistir con un acompañante a los centros de trasplante, hasta tanto se encuentre habilitado y en funcionamiento el centro de diálisis que se encuentra en obra. También deberá costear los gastos de estudios médicos y trámites necesarios para que los pacientes con Insuficiencia Renal Crónica que no posean recursos y/o cobertura médica accedan a la inscripción en lista de espera.

III. Exhortar a las autoridades comunales a impulsar el rápido avance de la obra pública encarada al respecto y que, por su parte, el Poder Ejecutivo Provincial preste adecuada colaboración en el marco de sus competencias, instrumente acciones positivas y arbitre las medidas adecuadas de protección que garanticen la satisfacción de las necesidades involucradas y reconocidas al encarar la obra en el Hospital Municipal del Municipio de Carlos Casares.- **IV.** Teniendo en cuenta que la medida señalada anteriormente fue cumplimentada en el marco del dictado de la medida cautelar y el principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias serán impuestas a los codemandados Municipalidad de Carlos Casares y Provincia de Buenos Aires (arts. 19 y 25 de la ley 13928 y 68 del CPCC).-

V. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad, así como la apelación de los honorarios regulados en primera instancia.

VI. Comunicar la presente –mediante la forma de estilo- al Registro de Juicios de Incidencia Colectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Regístrate, notifíquese con habilitación de día y hora y en forma urgente. Ofíciense a los fines dispuestos en el ap. VI. Oportunamente, devuélvase.

HUGO JORGE ECHARRI

ANA MARIA BEZZI

JORGE AUGUSTO SAULQUIN

ANTE MI

Agustín Mateo Ciorciari

Secretario

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo - San Martín. Registro de Sentencias
Interlocutorias Nº..... Fº.....