



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2020 Año del General Manuel Belgrano

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CATyRC - SALA I SECRETARÍA ÚNICA

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) CONTRA GCBA SOBRE INCIDENTE DE APELACION - AMPARO - SALUD-OTROS

Número: INC 3187/2020-4

CUIJ: INC J-01-00023268-4/2020-4

Actuación Nro: 16324731/2020

En la Ciudad de Buenos Aires.

VISTOS:

Estos autos para resolver el recurso de apelación deducido por el GCBA a fs. 4/16 (expte. digital n° 3187/2020-4), cuyo traslado fue contestado por la parte actora a fs. 22/36, contra la sentencia obrante a fs. 3013/3036 del 9 de septiembre de 2020 (expte. digital 3187/2020-0).

CONSIDERANDO:

I. A fin de expedirse sobre los planteos realizados por el demandado, cabe realizar una reseña de los resolutorios que dieron origen al fallo apelado; en particular, las decisiones de fecha 14 y 22 de mayo y 30 de junio, todas del corriente año.

a. Ahora bien, mediante la primera (sentencia de fecha 14 de mayo de 2020), la jueza de grado ordenó cautelarmente al GCBA que –por conducto del órgano que corresponda–:

“a) En el plazo de tres días arbitre los medios a fin de dotar a todas las personas internadas en los hospitales psiquiátricos monovalentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Hospital Borda, Moyano, Alvear y Tobar) de equipos de protección personal que correspondan, barbijos y/o cubre bocas, así como todo insumo necesario de cuidado y prevención del contagio del COVID 19. Asimismo, en igual plazo deberá proveer a los citados hospitales de elementos de higiene y seguridad (jabón, toallas,

alcohol en gel) tanto en servicios cuanto en pabellones y consultorios externos, así como del resto de los elementos que los protocolos de salud vigentes indiquen para los hospitales monovalentes de salud mental, debiendo acreditar fehacientemente la entrega de los mismos.

b) En el plazo de tres días elabore -por medio de las áreas técnicas que considere pertinentes- un protocolo de actuación específico frente a la existencia del COVID 19 para los hospitales psiquiátricos monovalentes, debiendo considerar la situación particular que atraviesan las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran internadas, respetándose el decálogo de derechos que surgen del art. 7 de la ley 26657. Asimismo deberá informar y acreditar el modo en que implementarán las unidades febriles de urgencia (UFU) y las unidades transitorias de aislamiento (UTA).

c) En el plazo de tres días informe y acredite en autos si se han intensificado las tareas de limpieza, como así también si se encuentran utilizando los instrumentos necesarios para desinfectar los servicios de acuerdo con las recomendaciones de prevención e higienización vigentes a la fecha, indicando concretamente el modo en que se desinfectan los servicios de cada hospital y sectores comunes, y si los hospitales cuentan con servicio de limpieza las 24 horas del día.

d) En el plazo de tres días informe y acredite el modo en que se encuentra garantizado el derecho a la comunicación de los pacientes internados en los hospitales psiquiátricos, tanto con sus familiares como con sus defensores, debiéndose indicar concretamente si la totalidad de los servicios y consultorios de los hospitales Borda, Moyano, Alvear y Tobar cuenta con telefonía fija, si se permiten realizar llamados, con qué frecuencia y en su caso bajo qué modalidad. En caso de que tal derecho no estuviera garantizado, en idéntico plazo arbitre los medios para garantizar la libre accesibilidad de comunicación con el exterior de las personas internadas.

e) En tres días informe al tribunal si se ha puesto en conocimiento de los usuarios y/o personas internadas en los hospitales monovalentes de salud mental de las medidas de prevención y cuidado que deben adoptar en punto a evitar la propagación y contagio del virus.

f) En el plazo de tres días informe y acredite los talleres, terapias ocupacionales y actividades recreativas con las que cuenta cada nosocomio (Hospital Borda, Hospital Moyano, Hospital Alvear y Hospital Tobar García), frecuencia de las mismas, cuáles

han debido ser suspendidas, si se permite el ingreso de acompañantes terapéuticos y/o familiares, si las salidas se encuentran permitidas y en qué casos” (fs. 465/466, énfasis añadido).

Es preciso recordar que dicho decisorio fue confirmado por esta Sala en la sentencia de fecha 23 de junio de 2020 (actuación n° 15580923/2020, expte. N° 3187/2020-1).

b. La segunda sentencia mencionada (de fecha 22 de mayo de 2020, actuación n° 14676367/2020) amplió la medida cautelar anteriormente descripta y ordenó al GCBA que “...-por conducto de las áreas específicas- y respecto de los cuatro hospitales monovalentes proceda a:

a.- Informar al Juzgado en un plazo de dos días cantidad de pacientes y/o profesionales, presuntamente contagiados de COVID 19, indicando sus datos filiatorios; y las medidas que se hubieren tomado para prevenir y/o mitigar los contagios;

b.- En idéntico plazo, informe la fecha en la cual comenzarán a funcionar las UTAS, y capacidad operativa de las mismas (cantidad de camas, personal necesario, infraestructura).

c.- Proceda a realizar testeos masivos e informe al tribunal el resultado de los mismos. Esto último, en el plazo y del modo que el Ministerio de Salud considere conveniente en orden a las especificidades que los pacientes con discapacidad psicosocial presentan, respetando el decálogo de derechos que surgen del art. 7 de la Ley Nacional de Salud Mental y su decreto reglamentario” (el resaltado es propio).

Debe señalarse que este decisorio fue ratificado por esta Alzada con fecha 1 de julio del corriente año (actuación n° 15623865/2020; expte. digital n° 3187/2020-2).

c. Con fecha 30 de junio de 2020 (actuación n° 15615509/2020, fs. 2261/2274, expte. digital n° 3187/2020-0), el tribunal de grado volvió a dictar sentencia, oportunidad donde intimó a la demandada a que, “... –por conducto del área que corresponda y en el término de cinco (5) días– proceda a:

a) informar y acreditar la fecha de inicio y finalización de las obras para crear las UTA y UFI en el Hospital Alvear y la cantidad de camas y personal necesario que deba

desempeñarse en dichas unidades. Asimismo deberá indicar las medidas que llevará a cabo en lo inmediato a fin de proveer de un lugar digno a los/as usuarios /as del servicio de salud que ingresan al citado nosocomio y deben permanecer catorce días en aislamiento... el GCBA deberá informar la pertinencia de la realización de los testeos mediante un laboratorio móvil, y en su caso, describir el modo de realización y las pautas de cuidado que se adopten.

b) acompañar los protocolos específicos de actuación COVID en los cuatro hospitales monovalentes de salud mental e indique qué gestión de riesgo ha determinado con respecto a personas internadas por motivos de salud mental (V. informe Ministerio de Salud de la Nación de fecha 8/6/20). Asimismo se reitera que al momento de confeccionar los protocolos deberá tener en especial consideración la prevalencia y especificidad que debe regir en todas aquellas medidas que involucren a niños, niñas y adolescentes internados en los hospitales de salud mental.

c) informar y acreditar si existen Salas de Aislamiento en el Hospital Tobar García, debiendo detallar el modo en que se han implementado, cantidad de camas, el personal que allí se desempeña y horarios que cumplen. Asimismo, y en base a lo requerido por el órgano de revisión deberá indicar si la estructura existente para el aislamiento se encuentra dentro de los estándares que debe alojar a NNyA.

d) brindar acabado cumplimiento respecto de las tareas de limpieza en el hospital Infanto Juvenil “Carolina Tobar García, atento que de la documentación acompañada surge que solo se realizan tareas de limpieza entre las 6 y las 22 horas.

e) actualizar la información respecto a las actividades y talleres que se realizan en los hospitales psiquiátricos, debiéndose acreditar acabadamente el modo en que los pacientes internados en los hospitales psiquiátricos realizan actividades de recreación y esparcimiento, y contemplarse la particular situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran allí alojados.

f) informar por medio de las áreas que considere pertinentes las alternativas a implementar a fin de que los niños, niñas y adolescentes internados en los hospitales Alvear y Tobar García puedan recibir visitas de sus familiares y/o referentes afectivos. Dichas alternativas deberán contemplar el interés superior de los niños allí alojados a fin de no vulnerar derechos fundamentales de dicha población.

g) informar y acreditar el modo en el que se garantizará el derecho a la comunicación de los y las pacientes internados en los hospitales monovalentes, atento que algunos de los servicios de los hospitales Moyano y Alvear no cuentan con telefonía fija y otros no permiten la llamada a celulares. A fin de dar cumplimiento con dicha medida deberá garantizarse la existencia de al menos un teléfono celular por cada servicio de los 4 hospitales monovalentes que no cuenten con red telefónica fija o salida a teléfonos celulares a fin de cumplir con el derecho de acceso a la comunicación de las/los usuarios.

h)... el GCBA deberá realizar los testeos masivos en los cuatro hospitales monovalentes a fin de evitar que continúe propagándose el virus, y aplique las medidas necesarias frente a su detección, tal como se ordena en la ampliación de la medida cautela oportunamente dictada”.

También intimó al GCBA a que “...en el término de cinco (5) días informe cuál es el proyecto que se intenta llevar a cabo en el Hospital Borda con respecto a la internación de pacientes crónicos de otros nosocomios que no tuvieran COVID-19 y bajo qué protocolos se implementará. Asimismo, deberá informar en el mismo plazo si se han previsto alternativas para evitar la concurrencia al Hospital Borda de aquellas personas que deben realizar el trámite del Certificado Único de Discapacidad...” y “... la pertinencia de habilitar corredores sanitarios en los hospitales monovalentes”

Todo ello fue dispuesto por la *a quo* “...bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias (art. 30 CCAT, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 26 del texto consolidado de la ley 2145)” –el subrayado no está en el original-.

Este decisorio no fue recurrido por las partes motivo por el cual se encuentra firme.

d. Más adelante, la magistrada de primer grado dictó la resolución de fecha 9 de septiembre del corriente año (actuación n° 15910863/2020, fs. 3012/3036 del expte. ppal.), decisorio que motiva la actual intervención de esta Sala.

En dicho fallo, resolvió –entre otras cosas-:

“...2. Intimar nuevamente a la demandada a que proceda a dar cumplimiento con lo dispuesto en el considerando XVI, punto c (testeos masivos), de la medida cautelar

del 22 de mayo del corriente respecto del Tobar García, bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias (art. del 30 CCAyT, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 26 del texto consolidado de la ley 2145). En cuanto al Borda y el Alvear, deberá informar en el término de cinco (5) días si se están realizando en dichos nosocomios los testeos masivos ordenados y bajo qué parámetros...

3.- Intimar al GCBA a que en el término de cinco (5) días presente en autos el instrumento en donde conste el plan o programa debidamente aprobado por la autoridad competente mediante el cual se dispone la derivación de estos pacientes, bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias (art. del 30 CCAyT, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 26 del texto consolidado de la ley 2145)....

4.- Intimar a la demandada a que en el término de cinco (5) días presente en autos un protocolo a fin de implementar un régimen de visitas tanto de familiares como de referentes afectivos para las niñas, niños y adolescentes que se encuentran internados en dicho nosocomio, en los términos indicados en el considerando VII, punto f, de la resolución del 30 de junio del corriente. Asimismo, en igual plazo, deberá informar cuál es el régimen de visitas que se ha establecido en el Borda a fin de que los pacientes tomen contacto con sus lazos familiares y afectivos. Por otro lado deberá acreditar debidamente que la accesibilidad a la comunicación en los cuatro hospitales se encuentra garantizada. Ello, bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias (art. del 30 CCAyT, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 26 del texto consolidado de la ley 2145)...”.

Para así decidir, la *a quo* tuvo en consideración las presentaciones realizadas por el CELS y el Ministerio Público Tutelar con relación al cumplimiento e incumplimiento de diversos puntos de las tutelas preventivas del 14 y del 22 de mayo (aludidas en los apartados precedentes). En particular, consideró las presentaciones de la Asesora Tutelar del 29/7/2020 y del 30/8/2020; las manifestaciones formuladas por el CELS en fechas 31/7/2020 y 21/8/2020; así como la respuesta dada por el GCBA al traslado conferido respecto dichas actuaciones; también, los informes adjuntados por el Órgano de Revisión de la Ley de Salud Mental (v. actuación N° 15812332/2020) y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad (v. actuación N° 15799622/2020) donde “...si bien se advierte un alto acatamiento por parte del GCBA a las distintas medidas adoptadas por el tribunal, lo cierto es que aún se encuentran pendientes de cumplimiento diversos puntos

de las resoluciones dictadas el 14 y 22 de mayo y el 30 de junio del año en curso, todas destinadas a preservar y garantizar el derecho a la salud y la vida de los usuarios de los centros monovalentes de salud mental de la Ciudad en el marco de la pandemia producida por el COVID-19”.

e. Esta última resolución fue recurrida por el GCBA a fs. 3077/3089 (expte. ppal.).

En esta oportunidad, sostuvo la ausencia de incumplimientos de su parte destacando haber realizado diversas presentaciones que daban cuenta de las acciones desplegadas a fin de observar los pronunciamientos dictados. Insistió que “...el cumplimiento de dichas sentencias autosatisfactivas ha sido ampliamente acreditado por el Ministerio de Salud, mediante las diversas Comunicaciones Oficiales que fueron adjuntadas en la causa...”.

El recurrente, además, descalificó la resolución apelada como acto jurisdiccional válido, pues –a su entender- “...se apartó de criterios aceptados en la materia y no consideró la finalidad propia del instituto de las sanciones económicas, desnaturalizándola de su condición de medio de coerción y prescindiendo de que actúa como presión psicológica sobre el deudor que, sólo se concreta en una pena cuando se desatiende injustificadamente el mandato judicial, circunstancia esta que no es dable observar en autos”.

Consideró que en la especie no corresponde sanción alguna, toda vez que “...no se ha evidenciado una... resistencia a cumplir con la manda judicial... por el contrario, la actividad desplegada por los distintos efectores neuropsiquiátricos tuvo como objeto permanente una respuesta a la orden judicial”; lo que -según afirma- “...surge con claridad de los antecedentes aportados, no configurando[se]... ninguna de las situaciones previstas legalmente para la imposición de astreintes”.

Añadió que, conforme lo expuesto, no se verificaba en autos “...el presupuesto esencial para la aplicación de la intimación de aplicar una sanción, esto es, el incumplimiento voluntario y deliberado del pronunciamiento”. Agregó que la imposición de las astreintes “... no es procedente frente a cualquier hipótesis, sino que es menester que se configure una conducta del deudor que manifieste un ánimo doloso o una actitud gravemente negligente, circunstancia esta no observada en [su] accionar...”.

Luego, mencionó que las resoluciones cautelares (cuyo incumplimiento motivó la sentencia apelada) habían sido apeladas y que, ante el rechazo de las apelaciones, su parte dedujo sendos recursos de inconstitucionalidad, "...encontrándose los mismos a estudio para el dictado de la correspondiente sentencia, lo que importa que no se encuentran firmes los resolutorios antes citados" y, por lo tanto, no constituyen sentencias firmes y consentidas.

Sostuvo que por tratarse lo resuelto de una decisión autosatisfactiva, "...debió ante la interposición de recurso suspender el trámite del proceso...", y no continuar con la ejecución de medidas y la aplicación de "...sanciones fundadas en resoluciones que importan una violación a las garantías constitucionales..." de su parte debido a que aquellas aún no están firmes.

Se agravió el apelante, asimismo, de que se haya decretado el incumplimiento de marras cuando "... se encuentra claramente excedido el objeto de autos en la intimación cursada...". Destacó nuevamente que el GCBA no tuvo en ningún caso una actitud remisa que sea necesario corregir a través de pronunciamientos que contengan sanciones. Recalcó que el resolutorio apelado se basa en fundamentos aparentes; motivo por el cual no constituye una derivación razonada del derecho vigente y resulta arbitraria, debiendo ser revocado.

A continuación, sostuvo que le causaba agravio el hecho de obligar a la Administración a "... demostrar documentadamente cualquier consideración efectuada por los accionantes...". Consideró cualquier denuncia de incumplimiento debía ser acreditada por quien la alegaba. Observó que ninguno de los accionantes demostró que el Ministerio de Salud haya incumplido sus obligaciones, "... por lo que (más allá de que se ha acreditado cada respuesta mediante los informes acompañados) no puede imponerse a esta parte la carga de desvirtuar cada alegación infundada". Aseveró que ello implica la puesta a disposición de recursos sumamente necesarios y coloca a su parte en una situación más gravosa a la hora de afrontar la tramitación de la presente contienda.

Por último, impugnó "...la notoria e irrazonable desproporcionalidad del apercibimiento dispuesto en la resolución del día 9 de septiembre del corriente año". Afirmó que "[e]l Juzgado intenta utilizar el instituto de las astreintes para sancionar a esta parte, sin perjuicio de que no surja de autos la razón por la cual entiende que

existiría un incumplimiento por parte del Ministerio de Salud, requisito necesario para habilitar el instituto en cuestión, en virtud de que, como se explicó anteriormente, el requerimiento efectuado todavía no se encuentra firme”.

f. Del recurso de apelación se corrió traslado a la parte actora que se presentó a fs. 22/36 del presente incidente n° 3187/4.

Sucintamente, sostuvo que el recurrente no demostró el cabal cumplimiento de las mandas judiciales ni da cuenta de la supuesta ausencia de fundamentación. Observó que la sentencia contiene un detallado estudio de las presentaciones de las partes y de los diferentes informes y constancias acompañados por el Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental y el Defensor del Pueblo de la Ciudad; análisis que –ante las constataciones realizadas- justifica la intimación dispuesta.

Destacó que la apelación incoada no tuvo en cuenta los argumentos de la *a quo* y menos aún los rebatió, “...limitándose a aseverar genérica y dogmáticamente que el incumplimiento no ha sido demostrado, que la resolución cuestionada carece de fundamentación, y a referir ‘diversas presentaciones’ que darían cuenta de los vicios apuntados, las que, por cierto, ni siquiera son identificados”. A partir de estas apreciaciones, la demandante concluyó que tales planteos esgrimidos por el recurrente no podían prosperar, toda vez que son simples afirmaciones dogmáticas carentes de sustento.

Luego, consideró que toda vez que el apercibimiento fijado en la resolución recurrida aún no se había hecho efectivo, no se advertía un agravio actual y, por lo tanto, aquel era meramente conjetural y no apto para sustentar la apelación intentada. Añadió, además, que el pronunciamiento cuestionado no se encuentra dentro de uno de los supuestos previstos por el art. 19 de la ley 2145, máxime cuando no ha determinado el monto de las sanciones conminatorias, ni tampoco la persona del funcionario respecto del cual se harán efectivas, “...todo lo cual demuestra la completa ausencia de un gravamen actual”.

A continuación, señaló que aún prescindiendo de todo lo expuesto precedentemente, los argumentos esgrimidos por la contraria resultan errados desde un punto de vista sustantivo y, por ende, improcedentes. Agregó, al respecto, que si bien la accionada adujo la inexistencia de una conducta reticente, no refutó el análisis de la

jueza de grado donde detalló los incumplimientos en que incurrió el GCBA y tampoco expuso motivos tendientes a justificar dicho comportamiento. Aseveró que las afirmaciones del recurrente son vagas, repitiendo que no hay resistencia en cumplir la decisión judicial, y sin hacer mella en la sólida argumentación del fallo cuestionado.

En relación con la alegada "desproporcionalidad" del apercibimiento resaltó que la *a quo* no fijó todavía el monto de las astreintes que eventualmente se aplicarán en caso de incumplimiento; por eso, "... mal puede ponderarse si el mismo resulta o no proporcionado". Manifestó que los planteos contenidos sobre el particular resultan dogmáticos, ya que no explican en qué consiste la "desproporcionalidad" que invoca.

Luego, indicó que -con fecha 16 de septiembre del corriente- fue notificada del rechazo de los recursos de inconstitucionalidad de la demandada contra las decisiones de segunda instancia que confirmaron las medidas cautelares ordenadas por la jueza de grado, motivo por el cual el planteo del recurrente en torno a la ausencia de una sentencia firme había perdido virtualidad.

Asimismo, calificó de genéricas las quejas vertidas por el recurrente referidas a la exigencia de demostrar "cualquier consideración efectuada por los recurrentes", lo que -conforme la apelante- infringiría los criterios vigentes en materia de prueba; en particular, el principio de la carga dinámica. Iguales consideraciones realizó la actora respecto de lo dicho por el GCBA con respecto a que quien alega el incumplimiento debe demostrarlo.

Por último, recordó la trascendencia de las medidas cautelares en procesos que versan sobre sectores particularmente vulnerables.

g. Recibidas las actuaciones en esta instancia, fueron remitidas en vista al Ministerio Público Tutelar quien emitió opinión a fs. 58/67.

En primer lugar, sostuvo que el recurso se encontraba desierto toda vez que los agravios no constituían una crítica concreta y razonada del fallo y solo se limitaban a plasmar un genérico desacuerdo con la decisión adoptada en la instancia de origen.

En segundo término, observó que, contrariamente a lo señalado por el recurrente, el recurso de apelación bajo estudio debía ser desestimado dado que la decisión cuestionada tuvo por incumplidas parte de la mandas judiciales de fecha 14 y 22 de mayo y 30 de junio del corriente año y, sobre esas bases, ordenó a la demandada

la estricta y oportuna observancia de diversas medidas sanitarias, bajo apercibimiento de aplicar sanciones económicas. Luego, recordó que la aplicación de astreintes -en el caso- es meramente conminatoria, ya que ésta es una simple advertencia ante el potencial incumplimiento de la orden judicial dispuesta. Así las cosas, afirmó que mal podía generar agravio algo, ya que todavía carecía de actualidad. Ello así, concluyó que el agravio era meramente conjetural.

En tercer orden, observó que la jueza de grado impuso el apercibimiento tras constatar, a partir de las constancias de la causa, el incumplimiento del Gobierno y la falta de exposición de motivos que justifiquen dicho comportamiento. Destacó que la decisión cautelar tiene por finalidad garantizar en forma urgente no sólo la salud de los pacientes sino también los medios idóneos, necesarios y seguros para prevenir el contagio y propagación del virus COVID-19 en los hospitales psiquiátricos, detectar casos y propiciar respuestas adecuadas. En consecuencia, sostuvo que los agravios del GCBA debían ser desestimados.

Por último, destacó que el agravio vinculado a la fijación de las astreintes también resultaba meramente conjetural. Indicó que mientras no se encuentre determinada la cuantía de la sanción por resolución firme y ejecutoriada, no tienen ni pueden cumplir con su finalidad propia.

h. A fs. 70/74, tomó intervención el Ministerio Público Fiscal, quien señaló (sin antes advertir que no desconocía la jurisprudencia en virtud de la cual la providencia por la cual se intima al cumplimiento de una manda judicial bajo apercibimiento de astreintes resulta susceptible de apelación) que era prematuro estimar la existencia de un agravio para el recurrente, toda vez que lo ordenado por la magistrada de grado en fecha 09/09/2020 constituía una intimación y no la efectiva aplicación de una sanción procesal.

Sin perjuicio de ello, agregó que “...de todos modos, los agravios planteados discurren sobre cuestiones de hecho y prueba que como tales escapan al conocimiento del Ministerio Público Fiscal”.

i. Devueltos los autos, fueron elevados al acuerdo de Sala (fs. 75/76).

II. Ante todo, cabe mencionar que esta Sala ha dicho que si bien el apercibimiento fijado en la providencia recurrida no se hizo efectivo, resultaba apelable tal resolución siendo procedente remitir a lo expuesto en los precedentes “Sulimp SA c/ GCBA s/ queja por apelación denegada”, expte. n° 1008/1, del 27/03/03, “Acuña, María Soledad c/ GCBA s/ queja por apelación denegada”, expte. n° 15558/1, del 26/04/06 (con otra conformación del tribunal) y más recientemente “Lodillinsky, Lucía contra GCBA sobre incidente de apelación -amparo- educación vacante” expte. n° 107922/2017-2, del 12/10/18; “Acuña, María Soledad s/ Incidente de queja por apelación denegada - Amparo – Educación – Vacante”, expte n° Inc 314/2019-2, del 11/7/2019 (voto de los jueces Carlos F. Balbín y Fabiana H. Schafrik de Núñez); a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En dicha oportunidad, también se señaló, sobre el carácter apelable de las providencias aplicativas que resultan una consecuencia de aquellas, que dicha cuestión implica examinar la conducta del organismo en orden al cumplimiento de la orden judicial impartida, aspecto cuya revisión autoriza expresamente la norma –art. 30, tercer párrafo, del CCAyT– (cfr. “Perez, Norma Edith c/ GCBA s/ amparo –art. 14 CCABA–”, expte. n° 1251/0, del 12/03/04 y “Villa 20 y otros c/ Instituto de la Vivienda y otros s/ otros procesos incidentales”, expte. n° 12975/11, del 03/04/09).

Sobre esas bases, corresponde adentrarse al tratamiento del recurso intentado.

III. A continuación, debe señalarse que –conforme surge de las actuaciones reseñadas en el punto anterior- la sentencia del 30 de junio intimó bajo apercibimiento de astreintes a cumplir diversas mandas cautelares.

Entre ellas, se encuentran algunas que refieren a las mismas materias que fueron objeto de decisión en el resolutorio del 9 de septiembre (que motiva la intervención actual de esta Alzada), donde se volvió a intimar bajo apercibimiento de sanciones conminatorias.

Esta Alzada ha sostenido -en anteriores ocasiones- que no son apelables las resoluciones que son consecuencia de otra que fue consentida por el recurrente. En efecto, este tribunal ha señalado que “...la Alzada no puede revisar cuestiones que han quedado firmes, ya que en caso de hacerlo la resolución respectiva violaría la garantía de defensa en juicio (art.18 CN y 13, inc.3, CCABA), al emitir un pronunciamiento

judicial sin que haya existido una actuación de la parte interesada que hubiera abierto la competencia recursiva, y el derecho de propiedad –al vulnerar la decisión del *ad quem* lo que la parte interesada ha adquirido en propiedad conforme el contenido de la resolución firme” (cf. esta Sala, in re, “GCBA c/ Ravanna SRL s/ Ejecución Fiscal”, sentencia del 12/4/2002; “GCBA c/ Harraca Adolfo Oscar s/ Ej. Fisc – Otros”, sentencia de 16 marzo de 2009; entre otros).

Sin embargo, en la especie, cabe recordar que las astreintes revisten la cualidad de ser “provisionales”; es decir, pueden ser reajustadas o dejadas sin efecto si el deudor justifica su proceder o acredita la ausencia de resistencia en el cumplimiento de la orden judicial. De allí que se reconozca que las astreintes no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada y de preclusión.

En ese entendimiento y con mayor razón, se aplican esos mismos institutos a su antecedente necesario (esto es, la intimación librada bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias, actuación que constituye el paso previo a la imposición). Ello así, se permite al deudor a demostrar que tras la primera intimación ajustó su conducta a los mandatos judiciales impuestos y, se habilita a la Alzada a revisar si la segunda intimación se ajusta a derecho o, por el contrario, el obligado abandonó su actitud reticente.

IV. Dicho lo anterior, procede adentrarse al análisis de los agravios deducidos.

a. En primer lugar, el recurrente afirmó que no ha incurrido en incumplimientos que justifiquen la intimación bajo apercibimiento de astreintes.

Empero, tal como expone el señor Asesor Tutelar ante esta Alzada, dicha aseveración no se hace cargo de rebatir adecuadamente cada una de las intimaciones libradas por la jueza de grado en el decisorio apelado. En efecto, el GCBA no ha demostrado la ausencia de los incumplimientos enunciados por la magistrada y tampoco la existencia de motivos razonables que justifiquen la falta de acatamiento cabal de las mandas cautelares imputada a su parte por la *a quo*.

Si bien el recurrente adujo en su memorial que había observado las decisiones cautelares y que ello había sido ampliamente justificado mediante las comunicaciones oficiales del Ministerio de Salud anexadas a la causa, se advierte que las materias que

justificaron el apercibimiento de sanción han sido exigidas en diferentes oportunidades sin haber alcanzado su cabal acatamiento en este estadio cautelar.

Nótese que la cuestión atinente a la comunicación de los pacientes fue objeto de tratamiento en el resolutorio del 14 de mayo de 2020, cuando la magistrada ordenó preventivamente al recurrente que “[e]n el plazo de tres días informe y acredite el modo en que se encuentra garantizado el derecho a la comunicación de los pacientes internados en los hospitales psiquiátricos, tanto con sus familiares como con sus defensores, debiéndose indicar concretamente si la totalidad de los servicios y consultorios de los hospitales Borda, Moyano, Alvear y Tobar cuenta con telefonía fija, si se permiten realizar llamados, con qué frecuencia y en su caso bajo qué modalidad”; ello además de exigir preventivamente que “[e]n caso de que tal derecho no estuviera garantizado, en idéntico plazo arbitre los medios para garantizar la libre accesibilidad de comunicación con el exterior de las personas internadas” (apartado d). Luego, en el decisorio del 30 de junio, la jueza dispuso provisionalmente a la demandada, la obligación de “...informar por medio de las áreas que considere pertinentes las alternativas a implementar a fin de que los niños, niñas y adolescentes internados en los hospitales Alvear y Tobar García puedan recibir visitas de sus familiares y/o referentes afectivos. Dichas alternativas deberán contemplar el interés superior de los niños allí alojados a fin de no vulnerar derechos fundamentales de dicha población” (punto f). Allí también le exigió “... informar y acreditar el modo en el que se garantizará el derecho a la comunicación de los y las pacientes internados en los hospitales monovalentes, atento que algunos de los servicios de los hospitales Moyano y Alvear no cuentan con telefonía fija y otros no permiten la llamada a celulares. A fin de dar cumplimiento con dicha medida deberá garantizarse la existencia de al menos un teléfono celular por cada servicio de los 4 hospitales monovalentes que no cuenten con red telefónica fija o salida a teléfonos celulares a fin de cumplir con el derecho de acceso a la comunicación de las/los usuarios” (apartado g).

En cuanto a la realización de testeos masivos, el decisorio del 22 de mayo determinó -en términos cautelares- su realización y mandó a que se informe al tribunal el resultado de los mismos; ello, “...en el plazo y del modo que el Ministerio de Salud considere conveniente en orden a las especificidades que los pacientes con discapacidad psicosocial presentan, respetando el decálogo de derechos que surgen del art. 7 de la

Ley Nacional de Salud Mental y su decreto reglamentario”. La manda preventiva fue reiterada en el resolutorio del 30 de junio, ocasión en la que se obligó al GCBA a “... realizar los testeos masivos en los cuatro hospitales monovalentes a fin de evitar que continúe propagándose el virus, y aplique las medidas necesarias frente a su detección, tal como se ordena en la ampliación de la medida cautela oportunamente dictada” (punto h).

Finalmente, la sentencia del 30 de junio intimó al GCBA a que “...en el término de cinco (5) días informe cuál es el proyecto que se intenta llevar a cabo en el Hospital Borda con respecto a la internación de pacientes crónicos de otros nosocomios que no tuvieran COVID-19 y bajo qué protocolos se implementará”.

Tales cuestiones -pese al tiempo transcurrido desde aquellos fallos (14 y 22 de mayo y 30 de junio), y el decisorio apelado (9/9/2020)- no habían sido aún completamente cumplidas por el requerido.

Así las cosas, es dable afirmar que el recurrente discurre en afirmaciones carentes de sustento probatorio. Nótese –a más de lo expuesto- que el GCBA en ningún apartado de su memorial pudo demostrar que las afirmaciones expuestas en el fallo (que condujeron a la imposición del apercibimiento) fueran una falacia; tampoco que los incumplimientos estuvieran justificados en razones factibles de ser ponderadas como eximentes de dicha responsabilidad (vgr. afectación del interés público).

Ello así, cabe recordar que conforme ha señalado la doctrina: “... ‘*memorial*’ se denomina al escrito de fundamentación de la apelación concedida en relación, debiendo interpretárselo como sinónimo de ‘*expresión de agravios*’, en lo que atañe a su naturaleza y requisitos legales. Como tal constituye una verdadera ‘*demanda de impugnación*’, que fija los límites de los agravios y el respectivo conocimiento del recurso por el Tribunal, debiendo contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas” (Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, tº II, año 1999, ed. Astrea, pág. 35).

Asimismo, se ha dicho que: “*El contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los*

considerandos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones, conjeturas u omisiones sobre las distintas cuestiones resueltas. (...) La parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, como sanción al recurrente, quedará consentida, pues reiteramos, la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se someten a la Cámara...” (ob. cit., pág 98/99).

Esta doctrina se aplica al memorial en general y a los agravios en particular.

Así pues, en atención al desarrollo precedente, cabe declarar desierto los agravios del demandado referidos a la ausencia de incumplimientos que justifiquen el apercibimiento y a la descalificación del decisorio recurrido como acto jurisdiccional válido

b. En segundo orden, se observa que el GCBA adujo que la sentencia apelada desnaturalizó el instituto de las sanciones económicas pues no tuvo en consideración que estas actúan como presión psicológica sobre el deudor que solo se concreta en una pena cuando se desatiende injustificadamente el mandato judicial.

Al respecto, cabe señalar que el fallo apelado se limitó a intimar bajo apercibimiento ante la constatación de diversos incumplimientos de su parte.

En ese contexto, la intimación actúa como una herramienta disuasoria tendiente a lograr el acatamiento de la manda judicial en forma y tiempo oportuno, evitando de ese modo que, por un lado, se produzcan daños al beneficiario de la decisión judicial y, por el otro, se disponga la aplicación efectiva de la sanción al obligado.

Entonces, es dable afirmar que –habiéndose concluido precedentemente que han existido mandas judiciales preventivas no cumplidas cabal y adecuadamente por parte del apelante- la intimación bajo apercibimiento se yergue en un mecanismo de presión psicológica sobre el deudor cuya finalidad –como se advirtiera en el párrafo anterior- es evitar que se concrete una lesión al acreedor y la sanción al deudor.

En ese entendimiento, no es dable afirmar –como hizo el GCBA- que el fallo impugnado desnaturalizó el instituto de las astreintes. Por el contrario, al intimación bajo apercibimiento de su aplicación en caso de desobediencia se condice con los fines para los que dicha herramienta procesal fue prevista.

c. En tercer término, el accionado sostuvo que no corresponde que se le imponga sanción alguna pues su parte no se ha resistido a cumplir la manda judicial. Más aún afirmó que la actividad por ella desplegada tuvo como objetivo permanente brindar una respuesta a la orden judicial.

c.1. Ahora bien, no puede perderse de vista -al ponderar las respuestas dadas por el demandado a las requisitorias preventivas de la *a quo*- que estas, por un lado, obedecen a la necesidad de garantizar adecuada protección al derecho a la salud de los pacientes y de la comunidad en general en el marco de la grave crisis sanitaria producida por el Covid-19; y, por el otro, que aquellas resguardan a un grupo esencialmente vulnerable (las personas con padecimientos mentales).

Dichas circunstancias son las que deben conducir el análisis de la “reticencia” del demandado a los fines de evaluar la procedencia de la intimación bajo apercibimiento de astreintes.

Ello así, el considerable lapso de tiempo transcurrido desde el dictado de las medidas cautelares (14 y 22 de mayo y 30 de junio); la materia sobre las que versan los incumplimientos; el grupo afectado (todas personas con padecimientos mentales, entre los cuales hay menores y adultos mayores quienes poseen protección agravada del ordenamiento jurídico por ambas condiciones); y los derechos en juego (vida, salud e integridad de los pacientes), permiten concluir que la evaluación de la reticencia debe ser más exigente en el supuesto de autos, pues el cumplimiento cabal de los decisorios cautelares, en términos generales, no admite demora; y menos aún en el marco sanitario crítico, en el que se inserta este pleito.

c.2. Lo expuesto conduce necesariamente a admitir que resultó razonable y debidamente justificada, en los hechos y el derecho, la intimación a cumplir la tutela cautelar bajo apercibimiento de astreintes.

Ello así pues al tiempo del dictado de la resolución aquí apelada, existía un requerimiento judicial insatisfecho que justificó la intimación objetada a fin de lograr su cumplimiento.

Vale recordar que la arbitrariedad se configura cuando la sentencia presenta deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo que

impiden considerarla una decisión fundada en ley tal como exigen los arts. 17 y 18 de la C.N. (cf. CSJN, “Aguas Argentinas S.A. c/ GCBA y otro s/ proceso de conocimiento”, 06/08/2020, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite); circunstancia que –como se expusiera- no se presenta en autos.

Por el contrario, se advierte que el apercibimiento impugnado encuentra sustento en una interpretación razonada de los hechos, el derecho y la prueba producida, así como en las facultades reconocidas a los magistrados por el art. 30 del CCAyT; motivo por el cual es dable aseverar que los agravios del recurrente relativos a la arbitrariedad de la resolución impugnada, resultan infundados.

En otros términos, el fallo apelado no puede tildarse de arbitrario pues ha sido dictado en uso de las facultades previstas en el art. 30 del CCAyT; fundamentado en una interpretación adecuada de la prueba acompañada; en el marco de las mandas cautelares oportunamente impuestas; y a partir de un análisis de los derechos en juego y del ordenamiento jurídico aplicable coherente con el estado procesal inicial de esta contienda.

c.3. En síntesis, se verifica en autos la circunstancia que faculta al juez de grado a intimar bajo apercibimiento de astreintes el acatamiento del decisorio cautelar (facultad que –valga la insistencia- constituye una atribución legalmente reconocida al juez de la causa); y, en consecuencia, corresponde desestimar los planteos realizados por el recurrente por medio de los cuales calificó de arbitraria la resolución en crisis al haber dispuesto dicha intimación.

d. El demandado sostuvo que toda vez que contra las medidas cautelares ordenadas en la instancia de origen, posteriormente confirmadas por esta Alzada, había deducido recursos de inconstitucionalidad que se encontraban en estudio, aquellas no se encontraban firmes y consentidas; y, a su entender, esa circunstancia impedía que aquellas fueran ejecutadas y, consecuentemente, inhibía la aplicación de sanciones derivadas de su inobservancia, so riesgo de incurrir en una violación de sus garantías constitucionales.

Para comenzar, cabe señalar que –a la fecha- esta Alzada rechazó los recursos extraordinarios mencionados por la recurrente; motivo por el cual –sobre la base de las

constancias de autos, la información brindada por el apelante y sin necesidad de adentrarse a analizar los efectos que la interposición que dichos recursos producen en el caso de una sentencia cautelar- es dable sostener que la medida cautelar mantiene vigencia.

Luego, debe destacarse, que las materias sustanciales debatidas en la decisión del 30 de junio –por un lado- (testeos, visitas, comunicación y derivaciones, entre otras) no fueron objeto de apelación y, en consecuencia, lo decidido a su respecto adquirió firmeza lo que inhibe deducir cualquier planteo vinculado a tales cuestiones.

Por el otro, es dable mencionar que como se reseñara más arriba, el decisorio cautelar del 30 de junio exigió –entre otras cosas- informes, acreditaciones y actividades cuyo incumplimiento derivó en la intimación bajo apercibimiento de astreintes que motiva la actual intervención de esta Alzada.

En efecto, dicha sentencia (que valga la insistencia se encuentra firme) ordenó a la demandada: “...f) informar por medio de las áreas que considere pertinentes las alternativas a implementar a fin de que los niños, niñas y adolescentes internados en los hospitales Alvear y Tobar García puedan recibir visitas de sus familiares y/o referentes afectivos. Dichas alternativas deberán contemplar el interés superior de los niños allí alojados a fin de no vulnerar derechos fundamentales de dicha población. g) informar y acreditar el modo en el que se garantizará el derecho a la comunicación de los y las pacientes internados en los hospitales monovalentes, atento que algunos de los servicios de los hospitales Moyano y Alvear no cuentan con telefonía fija y otros no permiten la llamada a celulares. A fin de dar cumplimiento con dicha medida deberá garantizarse la existencia de al menos un teléfono celular por cada servicio de los 4 hospitales monovalentes que no cuenten con red telefónica fija o salida a teléfonos celulares a fin de cumplir con el derecho de acceso a la comunicación de las/los usuarios. h)... el GCBA deberá realizar los testeos masivos en los cuatro hospitales monovalentes a fin de evitar que continúe propagándose el virus, y aplique las medidas necesarias frente a su detección, tal como se ordena en la ampliación de la medida cautela oportunamente dictada”. También intimó al GCBA a que “...en el término de cinco (5) días informe cuál es el proyecto que se intenta llevar a cabo en el Hospital Borda con respecto a la internación de pacientes crónicos de otros nosocomios que no tuvieran COVID-19 y bajo qué protocolos se implementará. Asimismo, deberá informar en el mismo plazo si

se han previsto alternativas para evitar la concurrencia al Hospital Borda de aquellas personas que deben realizar el trámite del Certificado Único de Discapacidad...” y “... la pertinencia de habilitar corredores sanitarios en los hospitales monovalentes”. Todo ello fue dispuesto por la *a quo* “...bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias (art. 30 CCAyT, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 26 del texto consolidado de la ley 2145)”.

La firmeza de ese decisorio –con el alcance indicada precedentemente- echa por tierra los agravios del recurrente pues, al haber quedado consentidas las omisiones del accionado allí referidas, aquellas son ejecutables y su incumplimiento o cumplimiento irregular –como se señalara en considerandos anteriores- pueden ser objeto de nuevas intimaciones bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias a fin de dar una nueva oportunidad al obligado –de conformidad con lo indicado más arriba- antes de aplicar las astreintes, como modo de intentar evitar el consecuente costo patrimonial que aquellas acarrearán para el deudor.

Conforme el desarrollo precedente, deben desestimarse los cuestionamientos formulados por el recurrente sobre el punto analizado.

e. Se agravió el recurrente de que “[l]a intimación cursada importa el dictado de una medida autosatisfactiva que agota en sí misma la pretensión de pronunciamiento ante el directo cumplimiento por el sujeto pasivo”, cuestión que –según sostuvo- fue expuesta en cada instancia de juzgamiento.

Tal como advierte el apelante dicho planteo fue deducido en anteriores oportunidades y esta Sala ha tenido oportunidad de explayarse a su respecto en sus decisorios de fecha 23 de junio y 1 de julio del corriente año, rigiendo -a su respecto- el principio de preclusión que, valga la reiteración, inhibe la posibilidad de volver a tratar aquellas cuestiones que han quedado firmes (cf. Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Cía. Argentina de Editores, 1941, t. I, pág. 263), principio íntimamente vinculado a las garantías constitucionales establecidas en los arts. 17 y 18 de la C.N. (esta Sala, in re “Droguería Medipacking S.R.L. c/ G.C.B.A. s/ Cobro de pesos”, EXP n° 4480/0).

Ello conduce al rechazo del agravio.

V. El GCBA también cuestionó que se haya impuesto a la Administración la necesidad de demostrar documentadamente cualquier consideración efectuada por los accionantes. Sostuvo que toda denuncia de incumplimiento debe ser acreditada por quien la alega. Agregó que tales exigencias impuestas a su parte conllevan la disponibilidad de recursos sumamente necesarios y la coloca en una situación más gravosa a la hora de afrontar la tramitación de la presente causa.

a. Sobre el particular, cabe señalar que –como se señalara en anteriores considerandos- las mandas establecidas en el resolutorio en crisis son una consecuencia de aquellas órdenes dispuestas en anteriores resoluciones (vgr. 14 y 22/5/2020 y, en particular, 30/6/2020).

b. Corresponde observar, además, que –tal como detalla el resolutorio apelado- aquel no se sustenta solamente en las alegaciones de la actora y las respuestas del recurrente, sino que también ponderó las vertidas por la Asesoría Tutelar que –conforme lo prevé la ley nº 1903 (t.c. 2018)- forma parte del Ministerio Público e integra el Poder Judicial de la Ciudad, siendo su función esencial “...promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social” (art. 1).

Rige también a su respecto el principio de independencia (art. 2), motivo por el cual “...ejerce sus funciones específicas de modo objetivo con estricta observancia de la legalidad general, en coordinación con las demás autoridades del Poder Judicial y con los restantes poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque sin sujeción a directivas, instrucciones ni condiciones que se impartan o establezcan por sujetos ajenos a su estructura”; y el principio de autonomía funcional (art. 3), en virtud del cual la defensa del interés social es ejercida de modo imparcial, observando los principios de legalidad y unidad de actuación, con plena independencia funcional respecto de los poderes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, en el fallo apelado, se consideraron los informes adjuntados por el Órgano de Revisión de la Ley de Salud Mental que, como ya tuviera oportunidad de explicitar esta Alzada en una anterior oportunidad, fue estatuido por el art. 38 de la ley

nacional n° 26.657 y se encuentra integrado por representantes del Ministerio de Salud de la Nación, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa, de asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud, de los profesionales y otros trabajadores de la salud y de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos, siendo su objeto principal proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental. Además, su conformación multisectorial permite reconocer no solo su especialidad técnica sino también su objetividad a la hora de ejercer sus competencias.

A su vez, se evaluaron las presentaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad que, de acuerdo con el art. 137, CCABA, es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad y cuya misión es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y la Constitución local, frente a actos, hechos u omisiones de la administración.

Del detalle precedente es dable concluir que el resolutorio apelado no impuso a la demandada demostrar documentadamente “cualquier consideración efectuada por los accionantes” sino de órganos e instituciones que revisten la cualidad de ser independientes y tener legalmente asignadas competencias vinculadas a la materia debatida.

c. A ello, debe añadirse que –a diferencia de lo manifestado por el apelante y tal como destaca el señor Asesor Tutelar de Cámara- surge del decisorio impugnado que la jueza de grado constató que:

1. Respecto de los hospitales Borda y Alvear, falta informar si se están realizando los testeos masivos ordenados y bajo qué parámetros. Ello así debido a que se advierte que “si bien del informe de la DPC surge de forma genérica que se han implementado testeos a las personas internadas por sospecha de contagio y se han desarrollado metodologías de prevención de infecciones, lo cierto es que no se desprende información alguna de cuál es el temperamento adoptado al respecto en el Borda y el Alvear”. Por ello, también se consideró incumplida la medida cautelar del 22 de mayo y se dispuso intimar nuevamente a la demandada a que proceda a dar

cumplimiento con lo dispuesto en el considerando XVI, punto c, de la medida cautelar respecto del Tobar García, bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias.

2. Asimismo, ante la ausencia de un acabado conocimiento sobre el objetivo del plan de derivaciones de pacientes de hospitales generales al Borda y al Moyano y en aras de salvaguardar tanto los derechos y la salud de los pacientes alojados en los aludidos centro de salud mental como los que se encuentran internados en hospitales generales, intimó a que presente en autos el plan o programa aprobado por la autoridad competente mediante el cual se dispuso la derivación de los pacientes, indicando bajo qué criterios se realiza, si se trata de pacientes sociales o con internación psiquiátrica prescripta así como cuántos han sido derivados al día de la fecha. Exigió –con base en la ley de salud mental- explicaciones de las razones terapéuticas de cada internación y un informe del equipo de salud interviniente al respecto.

3. En cuanto a la comunicación, a partir de lo informado por el Ministerio Público Tutelar respecto de la situación del hospital Tobar García (donde la Dirección del nosocomio reconoció que hubo fallas comunicacionales y que la titular de la Unidad de Letrados denunció severos problemas a la hora de comunicarse con sus asistidos), se señaló que nadie administraba el uso de los tres teléfonos celulares que les fueron cedidos y que no se hallaban operativos ya que los enfermeros no los facilitaban a los pacientes.

4. Por último, con relación a las visitas, en virtud del incumplimiento dispuesto en el considerando VII, punto f, de la resolución del 30 de junio del corriente, se intimó a la demandada a que en el término de cinco (5) días presente en autos un protocolo a fin de implementar un régimen tanto de familiares como de referentes afectivos para las niñas, niños y adolescentes que se encuentran internados en el hospital Tobar García.

Sobre estas bases -justificadas dentro del ámbito propio de conocimiento que permiten las medidas cautelares- es que la magistrada de grado intimó al cumplimiento bajo apercibimiento de astreintes.

No se advierte que dicho apercibimiento –conforme el desarrollo efectuado- resulte infundado o injustificado, motivo por el cual los planteos del recurrente no pueden ser favorablemente acogidos.

d. Sin perjuicio de que lo expuesto resulta suficiente para desestimar el agravio, es preciso recordar –desde otro ángulo de análisis- que en materia probatoria rige el instituto de la "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", que "...se emplea habitualmente cuando los extremos son de muy difícil comprobación, consiste en hacer recaer dicha carga en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" (CSJN, "Denenberg, Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos", 14/12/1999, Fallos: 322:3101, disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Roberto Vázquez).

Conforme lo expuesto, es dable afirmar que el GCBA es quien –por ser el titular de los órganos con competencia técnica para desarrollar la política pública diseñada para enfrentar la crisis sanitaria vigente y, por ende, quien está en una mejor situación para acceder a las constancias que acreditan la implementación de las medidas y su cumplimiento..

e. Por todo lo expuesto, debe concluirse que no asiste la razón al recurrente en sus alegaciones y, por lo tanto, deben ser desestimadas.

VI. Finalmente, el accionado cuestionó el apercibimiento dispuesto por considerarlo desproporcionado.

Si bien los términos en que se planteó la queja no permiten determinar si aquella considera desproporcionado el apercibimiento en sí mismo o se refiere –como interpretó el señor Asesor Tutelar ante la Cámara y la actora- al monto de la sanción, lo cierto es que no explicitó cuáles eran las bases sobre las que apoya la alegada desproporcionalidad, sellando la suerte desfavorable de su agravio.

A mayor abundamiento, cabe destacar –que la *a quo* aún no ha fijado el monto de las astreintes y, por eso, no resulta posible analizar su desproporcionalidad. Por la otra, si consideramos que la demandada calificó de desproporcionado que se la haya intimado bajo apercibimiento, cabe remitirse a lo expuesto en los considerandos previos.

En cualquiera de los supuestos, corresponde rechazar el planteo analizado.

VII. En síntesis, de conformidad con el desarrollo realizado, solo cabe rechazar el recurso de apelación deducido por el GCBA y confirmar el decisorio de grado, con costas al vencido conforme el principio objetivo de la derrota (arts. 26, ley n° 2145 y 62 y 63, CCAyT).

Por todo lo expuesto y habiendo tomado intervención el Ministerio Público Fiscal, el tribunal **RESUELVE:** 1) Rechazar el recurso de apelación deducido por el recurrente y confirmar la sentencia de grado. 2) Imponer las costas al vencido conforme el principio objetivo de la derrota (arts. 26, ley n° 2145; 62 y 63, CCAyT).

Se deja constancia que el juez Pablo C. Mántaras (res. CM N° 214/2020) no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia

La presente causa se encuentra digitalizada y se resuelve en los términos del art. 6 de la resolución CM n° 65/2020.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Público Tutelar y Fiscal en sus respectivos domicilios electrónicos.

Oportunamente, regístrese y devuélvase.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires