

## Amparo De Salud Gobierno De La Ciudad De Buenos Aires Geriatricos Falta De Legitimacion Procesal Derechos De Incidencia Colectiva

### JURISPRUDENCIA

Ciudad de Buenos Aires. VISTOS:

estos autos para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora el 25 de julio de 2020 y por el GCBA el 27 de julio de 2020 contra la sentencia del 22 de julio de 2020 y; CONSIDERANDO: Las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen del Dr. Juan Octavio Gauna, fiscal ante la Cámara, a cuyos fundamentos que en lo sustancial son compartidos, corresponde remitirse por cuestiones de brevedad. Por ello corresponde rechazar el recurso interpuesto por la parte actora, hacer lugar al recurso interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, rechazar el amparo. Todo ello sin costas, atento lo dispuesto por el art. 14 CCABA. GABRIELA SEIJAS DIJO (POR SUS FUNDAMENTOS): 1. El Dr. Andrés Szewc, en su carácter de apoderado de GERI SA, inició un proceso de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), con el objeto de peticionar setenta y dos test rápidos PCR semanales para las personas que trabajan y residen en el Instituto Geriátrico Riglos, propiedad de su mandante. Impugnó los protocolos elaborados por el GCBA para los establecimientos geriátricos en cuanto prevén la realización de test del tipo PCR solo ante la presencia de ?casos sospechosos? y establecen la obligación de contar con personal suplente para cubrir bajas por enfermedad. Relató que la residencia geriátrica que representa alberga a cuarenta y dos adultos mayores, tiene veinticinco empleados y es asistida por cinco médicos y que, al momento de interponer la demanda, no había tenido casos de COVID-19 positivos. Alegó que los adultos mayores son la población más vulnerable frente al COVID-19 y que es su obligación moral y legal velar por el cuidado y la prevención de los residentes y trabajadores. Sostuvo que la realización periódica de pruebas a los trabajadores es esencial a fin de detectar enfermos asintomáticos que puedan poner en riesgo a la población alojada en el geriátrico. Fundó su pretensión en el derecho a la salud y a la vida de las personas alojadas en el geriátrico.

En ese marco, solicitó una medida cautelar que ordene al GCBA que realice test PCR a los trabajadores, residentes y médicos que asisten al Geriátrico Riglos, haciendo extensiva su petición a todas las residencias geriátricas que adhieran al reclamo con fundamento en el texto originario de la Ley 2145, las vidas en juego y lo resuelto por la Corte Suprema en el caso Halabi. 2. El 26 de mayo, el Dr. Aurelio Ammirato hizo saber el inicio del juicio a los residentes y empleados de todos los geriátricos privados situados en la Ciudad de Buenos Aires, por el plazo de quince días hábiles judiciales, con el objeto de que pudiesen presentarse, excluyendo a los residentes y empleados de establecimientos comprendidos en otros procesos radicados ante el fuero, referidos a la provisión de test rápidos PCR para la detección de casos de COVID-19 en los que se examinen pretensiones de alcance subjetivo más reducido (actuación 14672572/20). El 4 de junio, el magistrado rechazó la medida cautelar, decisión que fue confirmada el 30 de julio. El 24 de junio, como medida para mejor proveer, el juez dio intervención a la Dirección de Medicina Forense, a fin de que evaluara si las medidas dispuestas por el Gobierno de la Ciudad respecto a los testeos en los establecimientos geriátricos resultaban adecuadas y suficientes para la prevención del contagio de COVID-19, tanto para los residentes como para el personal (actuación 15584755/20). El Dr. Alberto Natalio Motta, perito médico forense, afirmó que era necesario efectuar chequeos masivos en poblaciones de riesgo por COVID-19, que la periodicidad semanal es adecuada dada la naturaleza de la infección y que el tipo de reactivo a utilizar según su íntima convicción y de acuerdo a la bibliografía para lugares cerrados con población de alto riesgo es el del PCR. Afirmó que las medidas dispuestas por el Gobierno de la CABA respecto de los testeos en establecimientos geriátricos eran adecuadas en líneas generales y complementarias de los protocolos vigentes para el sector, salvo el uso de la prueba diagnóstica serológica (cf. archivo adjunto a actuación 15612731/20, del 01/07/20). Luego de ser consultado por el juez (actuación 15643135/20, del 08/07/20), el experto aclaró que el testeo debe ser integral, incluyendo a residentes y personal, que la frecuencia debe ser semanal mediante reactivos PCR y que las medidas se deben mantener mientras persista la circulación comunitaria (cf. archivo adjunto a actuación 15653947/20). 3. El 22 de julio el Dr. Ammirato hizo lugar parcialmente a la acción de amparo (actuación 15688050/20). Señaló que el planteo del Gobierno referido a la ausencia de caso fue examinado en oportunidad de resolver la medida cautelar y que esa decisión debe reputarse firme en tanto no fue recurrida por la demandada (considerando II). En segundo lugar, desestimó la excepción de falta de legitimación de la actora. Sostuvo que la pretensión reviste carácter colectivo en la medida en que el objeto de debate concierne a la presunta afectación de los derechos a la salud integral y a la vida de un grupo indeterminado pero determinable de individuos -el conjunto de las personas alojadas en establecimientos geriátricos privados situados en esta Ciudad y quienes allí trabajan- y se enfoca en la adopción de medidas tendientes a evitar o disminuir la propagación de la enfermedad. Afirmó que el planteo involucra, por sobre los aspectos individuales, cuestiones normativas de hecho y prueba comunes a todo el grupo y que el remedio pretendido relativo a la subsanación de las presuntas deficiencias que ostentan los

protocolos en materia de testeos, que serían la causa de la presunta lesión o amenaza de los derechos, es una solución de carácter indivisible en el contexto analizado. Concluyó que el objeto de debate es colectivo porque no resulta susceptible de apropiación individual. En su criterio, resulta indudable la legitimación de la actora, de acuerdo con las previsiones de los artículos 43, segundo párrafo, de la CN y 14, segundo párrafo, de la CCBA (considerando III). Afirmó que las partes fueron oídas y contaron con la oportunidad de exponer sus defensas y ofrecer pruebas con total respeto de la igualdad procesal y que no advertía que la tramitación y resolución del litigio pudiera ocasionar una indebida restricción a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa (considerando IV). Reseñadas las disposiciones dictadas en el marco de la emergencia sanitaria, el juez sostuvo que los nuevos elementos incorporados a la causa durante el proceso imponían variar el criterio adoptado al momento de decidir el rechazo de la medida cautelar. En ese sentido, consideró: a) la modificación de la conducta de la parte demandada que comenzó a llevar a cabo pruebas serológicas a los trabajadores de los establecimientos geriátricos; b) el dictamen del experto de la Dirección de Medicina Forense; y c) el cambio de criterio expuesto por el Dr. Eduardo López en medios de comunicación, quien habría variado su opinión inicial respecto de la necesidad de efectuar más testeos. El juez expresó que estos factores ?mutuamente concordantes, evaluados en particular y en conjunto y en base a las reglas de la sana crítica (cfr. art. 310, CCAyT), asignando particular preponderancia al dictamen pericial en razón de su especificidad y la índole del objeto de debate (cfr. art. 384, CCAyT), conducen a la convicción de que el planteo concerniente a la realización de los testeos a los residentes y al personal de los geriátricos debe prosperar?. El a quo afirmó que tal prestación no es exigible a los geriátricos dado que no está entre sus obligaciones legales, en tanto es deber del Estado proveer a la salud pública e implementar todos los dispositivos y recursos a su alcance para proteger a la población y enfrentar el flagelo que azota a la sociedad. Añadió que el respeto del derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso impedía condenar a obras sociales y empresas de medicina prepaga que no han sido parte en el juicio. Finalmente, consideró que si bien puede ser una exigencia de cumplimiento dificultoso, la obligación de contar con personal de recambio para los geriátricos configura una reglamentación razonable en tanto no altera la sustancia del derecho a ejercer industria lícita. En síntesis, el Dr. Ammirato hizo lugar parcialmente a la acción de amparo promovida por GERI SA y condenó al Gobierno de la Ciudad a que, en el plazo de cinco (5) días de notificado, emprenda una campaña de testeo preventivo dirigida a las personas hospedadas en todos los establecimientos geriátricos privados situados en la Ciudad y a todos sus trabajadores con frecuencia semanal y mediante reactivos PCR, mientras persista la circulación comunitaria del virus y el riesgo de contagio. Luego, con motivo del recurso de aclaratoria interpuesto por la parte actora (actuación 15711418/20), el juez indicó que la campaña de testeo debía comenzar dentro del plazo de cinco días y alcanzar a la totalidad de la población identificada en el fallo dentro del plazo máximo de diez días (actuación 15713559/20).

4. La sentencia fue apelada por ambas partes. El GCBA (actuación 15716353/20) sostuvo que la actora carece de legitimación procesal activa en tanto no acreditó la homogeneidad de intereses, ni tampoco que el derecho que se reclama pueda ser considerado indivisible. Alegó que la actora carece de un interés jurídico especial en la resolución de la controversia. Por otro lado, afirmó que no se aprecia un caso judicial, en tanto no basta con alegar un daño, sino que es menester probarlo. Agregó que ello no se ve modificado por la mera alegación de la supuesta afectación de intereses difusos o colectivos pues la invocación de la protección constitucional del derecho a la salud no es suficiente para impugnar actos administrativos adoptados siguiendo todos los pasos legales. Postuló la improcedencia formal del amparo atento que las cuestiones debatidas requieren un amplio marco de debate y prueba. La actora, por su parte, atacó la sentencia en cuanto el magistrado rechazó su impugnación contra los protocolos elaborados por el GCBA que establecen la necesidad de contar con personal suplente para afrontar eventuales casos de contagio u otro impedimento de asistencia del personal habitual de la residencia geriátrica.

5. El Dr. Juan Octavio Gauna señaló que la cuestión relativa a la existencia del caso judicial ya fue examinada en oportunidad de resolverse la medida cautelar. Al igual que el juez de grado, el fiscal considera que al no haber sido apelada la cautelar por el Gobierno, ese aspecto de la decisión -la ausencia de caso- debe reputarse consentido y firme. Discrepo con esa posición. En primer lugar, atento a la imposibilidad de apelar una sentencia favorable. En segundo lugar porque la cuestión ha sido planteada al contestar los traslados del informe del artículo 15 de la Ley 2145 y de la demanda y ha sido reiterada al apelar la sentencia de fondo. La omisión del tratamiento de cuestiones fundamentales oportunamente planteadas lesiona ostensiblemente el derecho de defensa y la garantía del debido proceso de la demandada. Si bien los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones, están obligados a pronunciarse sobre los puntos que las partes proponen y que sean conducentes para la solución del juicio. La omisión de tales cuestiones, expresa y oportunamente planteadas, afecta la garantía de la defensa en juicio (Fallos, 307:2012 y 301:1187). Por lo demás, la concurrencia de los elementos constitutivos del caso judicial es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes (Fallos, 340:1084, 331:2257; 337:627, entre otros). Resulta difícil separar el examen de la configuración del caso de los aspectos referidos a la legitimación de la actora, atento a que la legitimación procesal constituye un presupuesto para que haya una causa o controversia (Fallos, 342:853, 341:1727, entre otros).

6. El magistrado

entendió que resultaba indudable la legitimación de la demandante para formular la pretensión objeto de debate (considerando III). El fiscal sostiene que el demandado no ha logrado poner en evidencia un error en lo decidido sobre el punto y que se advierte el interés suficiente de la actora para litigar, frente a la ?proyección concreta en la actividad que desarrolla? de ciertas conductas estatales que se consideran reprochables y lesivas de los derechos e intereses referidos. La determinación de si la parte actora se encuentra o no legitimada para actuar en el juicio no puede llevarse a cabo de manera aislada, separada del interés que se pretende proteger con la interposición de la demanda. Ningún sujeto está genéricamente legitimado para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según cuál sea su relación con la pretensión que introdujo, es decir, con el interés que denuncia como afectado y para el que requiere protección o remedio judicial (confr. voto de Carmen Argibay en ?Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ E.N. s/ amparo?, 31/10/06, Fallos, 329:4593). La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 14 reconoce legitimación activa a ?cualquier habitante? y a las ?personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos?, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor. El texto constitucional no se limita a enumerar los casos específicos, sino que también habilita la legitimación especial cuando se trata en general de derechos o intereses colectivos. Siempre que una demanda sea presentada bajo la invocación de este tipo genérico, corresponde determinar si efectivamente se busca la protección de un bien o interés colectivo o si se trata de derechos individuales cuya protección corresponde, en principio, a sus titulares. Tal determinación delimitará el alcance subjetivo de la sentencia. Sin perjuicio de que no cabe esperar que tal demarcación sea siempre nítida, puede decirse que ella debe seguir, en principio, un patrón general: serán públicos o colectivos aquellos bienes o derechos cuyos usos y goces por una o varias personas no sean excluyentes de los usos y goces de todas las demás. De tal modo, la lesión que se ocasione a este tipo de bienes constituye al mismo tiempo una lesión al derecho que todas las personas tienen sobre él. Este carácter indiviso de su aprovechamiento es un rasgo distintivo de los bienes colectivos que no se verifica en el presente caso. El hecho de que se ataque un reglamento no permite concluir que se trate de un derecho colectivo. En todo caso, el problema frente a la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento radica en la cuestión, que divide históricamente a la doctrina, de decidir si de acuerdo a nuestro control difuso de control de constitucionalidad, la decisión judicial tiene alcances solo para las partes o si puede tener carácter derogatorio. Al lado de los derechos individuales, tales como aquellos de contenido patrimonial, pero no exclusivamente, se sitúan los derechos colectivos que tienen como titular a un grupo en cuanto tal y que recaen sobre un bien público, es decir, un bien que, por razones de hecho o normativas, no es pasible de división o apropiación individual. En este marco, como regla, el correlato procesal de los derechos sobre bienes individuales o particulares es, en principio, la legitimación individual del titular y el de los derechos sobre bienes públicos o colectivos, la legitimación especial de los sujetos mencionados en el artículo 14. En el caso la parte actora se limitó a afirmar que se encuentra legitimada porque los derechos a la salud y a la vida ?se encuentran reconocidos por la Carta Magna como así también por diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional? (punto III de la demanda). Tal como ha sido planteado por la actora, su reclamo está encaminado a la defensa de la salud y la vida de los residentes en instituciones geriátricas de la Ciudad. En esos términos, al presentarse en defensa de un derecho ajeno, invoca una legitimación especial. Admitir el caso como un supuesto de derechos colectivos es un error; la utilización de sustantivos abstractos (la salud, la vida, la dignidad) no tiene como consecuencia colectivizar derechos individuales ni menos aún poner su defensa en manos de cualquiera. Es cierto que son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, pero eso no los transforma en colectivos pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada ser humano. Por otro lado, aun de admitirse una faz colectiva del derecho a la salud, la actora no es una persona jurídica que propenda a la defensa de bienes colectivos, como establece el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad. Si bien la Constitución local ha ampliado el espectro de legitimados para demandar por la vía del amparo, ello no permite desatender la necesaria presencia de un sujeto legitimado para instar la actuación de los tribunales. 7. Ahora bien, a partir del encuadre acordado al caso en la sentencia, cabe recordar que también puede admitirse una acción colectiva, pero referida a la protección de derechos individuales, en supuestos en que existe un fuerte interés estatal en su protección, por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. En tales casos es importante verificar los presupuestos para la admisión de procesos colectivos para no admitir abusos del sistema ni conflictos de intereses. No hay duda de que los adultos mayores son objeto de preferente tutela, pero nada indica que GERI SA, persona jurídica cuyo objeto está delimitado en su acta constitutiva, pueda asumir la defensa de sus derechos. El objeto (propósito declarado en el estatuto) es un elemento esencial que determina la capacidad y, por ende, los límites a la actividad de la persona jurídica y de sus administradores y representantes. Hay una vinculación entre el objeto social y la medida de la personalidad jurídica de la entidad. Según la copia del testimonio de escritura aportado al inicio del proceso, la actora es una sociedad anónima, cuyo objeto es la explotación de establecimientos de internación

geriátrica. Su objeto social no la faculta a actuar frente a los tribunales en nombre de las personas que requieren sus servicios. Atento a su propio objeto que delimita su propia personalidad, entiendo que el reclamo de la actora, dirigido a que el Gobierno de la Ciudad asuma el costo de los test de detección del COVID, es un planteo de carácter patrimonial e individual, más allá de que lo haya presentado sin mayores precisiones bajo el rótulo de colectivos. Si bien el criterio de la Corte Suprema a partir del caso ?Halabi? (Fallos, 332:111) se orienta en el sentido de que la falta de reglamentación y la ausencia de una acción de clase en nuestro ordenamiento jurídico no pueden constituirse en óbice del ejercicio de derechos constitucionales reconocidos, en el caso particular, la empresa actora tampoco ha cumplido la carga de acreditar que los intereses que pretende proteger sean homogéneos. En síntesis, el reclamo es sumamente confuso, hecho que no ha sido advertido en la sentencia. Leyendo las principales piezas del expediente es difícil saber en qué carácter litiga la actora, si como defensora de la salud de los pacientes, en una pretendida faz colectiva, o por derechos individuales homogéneos o en defensa de los derechos también patrimoniales de las empresas que explotan instituciones geriátricas. Semejante imprecisión impide reconocerle legitimación para actuar en nombre del sector empresario, de los trabajadores o de los residentes de los geriátricos de la Ciudad. 8. Es importante señalar que la legitimación no tiene naturaleza procesal en sentido estricto, sino que se identifica con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso, sin perjuicio de que a la invocación y la realidad de esa titularidad pueda dársele un tratamiento prioritario, equiparando su consideración técnica al de un presupuesto procesal, aún sin serlo estrictamente. En consecuencia, si la falta de legitimación para obrar se configura cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el juicio y aquellas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender o contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso, es decir, cuando el actor o el demandado no son efectivamente los titulares de la relación jurídica sustancial en la que se funda la pretensión, mal puede tenerse por purgado el defecto solo por la duración del pleito o por la intervención en el incidente cautelar del magistrado de grado o de este tribunal, toda vez que no puede admitirse que prospere una demanda interpuesta por quien no tiene derecho a hacerlo. Lo relativo a la ausencia de caso y legitimación ha sido oportunamente planteado, ha sido fundado y debe resolverse con la cuestión de fondo. La legitimación deriva de una relación entre la esfera de intereses y derechos de un sujeto y la conducta realizada por otro sujeto que supuestamente, en forma ilegítima, invadió tal esfera. De esta manera, una persona resultará legitimada en un proceso concreto como consecuencia de la afectación previa sufrida en su esfera jurídica subjetiva, lo que no siempre se puede demostrar fácilmente al inicio del proceso. En la etapa inicial no es necesario que el actor pruebe efectivamente el derecho que aduce o la legitimación que invoca, sino que tales recaudos se comprobarán al momento de resolverse el caso. La legitimación hace al fondo del asunto y se resuelve generalmente en la sentencia. No obstante, cuando es manifiesta puede ser resuelta con anterioridad (ver arts. 282, inc. 3, y 286, inc. 2, del CCAyT), lo que implica que el sujeto que dedujo la pretensión no tenía el ?derecho? que lo habilitaba para hacerlo. Ahora bien, la declaración inicial de falta de legitimación cuando se presenta inequívocamente manifiesta se sustenta en parámetros de eficacia, para evitar que el proceso sea tramitado inútilmente. Pero aun cuando fuera decidida in limine, la cuestión de la legitimación no se integra a los presupuestos procesales y sigue siendo una condición de fundamentación de la pretensión. El hecho de que el examen se efectúe al comienzo del pleito y al momento de la sentencia no se refiere a un análisis de naturaleza distinta, ya que su dispar ubicación en el proceso se justifica estrictamente por razones de economía procesal. Entiendo que la falta de legitimación del actor para llevar adelante un reclamo colectivo en defensa de la ?salud de las personas alojadas en geriátricos? en la Ciudad de Buenos Aires no puede ser eludido, toda vez que la actividad desplegada en el proceso no ha servido para purgar la carencia de un presupuesto de fondo de la cuestión debatida y la demandada ha planteado una clara oposición a su admisión. 9. Descartada esa actuación en nombre de todos los geriátricos privados de la Ciudad, de todas las personas alojadas en ellos o en nombre de los trabajadores y profesionales independientes que ingresan a tales instituciones, es importante recordar que pesa sobre tales residencias -en virtud de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la Ley de Defensa del Consumidor- una obligación de seguridad de resultado (CNACivil Sala ?A, S., N. I. y otro c. J. D. F. y otros s/ daños y perjuicios?, 29/10/19, y sus citas, publicado en LL online: AR/JUR/42086/2019) que trae como consecuencia que cualquier daño sufrido por un consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva del proveedor. Los geriátricos tienen una clara obligación de seguridad frente a las personas que alojan además, por supuesto, de sus deberes como empleadores. En ese sentido, el mayor problema de la sentencia es que limita la responsabilidad de la actora y la traslada al GCBA. Ahora bien, el rechazo de la legitimación colectiva de la empresa actora no impide analizar su pretensión, relativa a la alegada ilegitimidad del protocolo implementado por el GCBA, en tanto pueda afectar sus propios derechos. La actora alega que escapa a sus posibilidades económicas solventar el costo de los test que reclama, pero no aportó ningún indicio referido a su situación patrimonial, a los costos de los servicios que brinda ni al valor de los test que peticiona. 10. En cuanto a lo demás, según ha sido informado en autos, 16 de junio de 2020 fue elaborado el procedimiento para la implementación de un método de screening con test rápido para COVID-19 en personal de salud y personal general que se desempeña en residencias geriátricas (conf. actuación

15683056/20, del 20/07/20). El objetivo del procedimiento es implementar un método rápido de screening de Sars-Cov-2 en personal asintomático para COVID-19 que se desempeña en residencias geriátricas GCABA, reguladas por la Ley 5670 para, entre otros objetivos específicos, fortalecer la implementación de intervenciones para disminuir la transmisión del COVID-19. Para ello, el Gobierno propuso testear al personal asintomático que se desempeña en las residencias geriátricas cada 7 días hasta la finalización de la pandemia de COVID-19 o hasta que la persona presente PCR positivo. En cuanto al tipo de testeo, se utilizan kits de detección rápida de anticuerpos para COVID-19, basados en la técnica de inmunocromatografía, marca Montebio SD Biosensor, Standard Q DUO IgG/IgMTM mediante punción digital. En caso de darse un test rápido (del tipo serológico) positivo, se pone a disposición de la persona un test de PCR. El agente deberá permanecer en aislamiento domiciliario hasta que se obtengan los resultados del test PCR. En caso de dar también positivo en esta prueba, el responsable de la residencia geriátrica deberá activar el protocolo de caso confirmado y contactos estrechos. El Dr. Ammirato, al modificar el criterio adoptado en oportunidad de resolver el rechazo de la medida cautelar peticionada, tuvo en cuenta distintos elementos de convicción, fundamentalmente el informe del Dr. Motta experto de la Dirección de Medicina Forense. También el cambio de las estrategias en materia de prevención implementadas por el propio GCBA e información volcada en programas de televisión.

11. Tal como señaló el Dr. Gauna, la prueba pericial en nuestro sistema no reviste el carácter de prueba legal, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 384 del CCAyT y las posibilidades que el ordenamiento procesal brinda a las partes para desvirtuar sus conclusiones. El perito debe fundamentar sus conclusiones en argumentos avalados por la ciencia que le es propia y por la experiencia acumulada a lo largo de su ejercicio profesional. La pericia o examen pericial como medio de prueba tiene como finalidad la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicar sus significados en términos comunes y exactos, dirigidos a generar la convicción del tribunal. El perito se limita a analizar información ya producida sobre la base de sus conocimientos científicos o técnicos a efectos de hacerla accesible a legos en dicha materia (las partes y el órgano judicial). Es por este motivo que se la suele catalogar como una prueba indirecta, sea porque la percepción no la tiene el tribunal por sí mismo directamente, sino mediante el dictamen de los peritos, o porque el experto no conoce directamente los hechos sobre los que debe dictaminar, sino que se expide sobre información cuya producción precede a su intervención. Por otra parte, la prueba tiene por fin formar la convicción del magistrado, independientemente de que la parte la impugne o no. Si bien las oportunas observaciones del interesado y los pedidos de explicaciones pueden ayudar al juez, la falta de una crítica concreta del dictamen no trae aparejada fatalmente su validez, pues al no ser la prueba vinculante se debe apreciar conforme a las reglas de la sana crítica. La necesidad de recurrir a conocimientos científicos no puede implicar una delegación del criterio jurídico en el experto, cualquiera fuese el grado de complejidad de tales conocimientos. No solo por el carácter indelegable de la función judicial, que excluye cualquier sumisión del juez a pautas distintas de las que el propio ordenamiento estatuye, sino también porque semejante vaciamiento implicaría consagrar una suerte de autoritarismo tecnocrático. No es el perito quien decide la controversia, sino que tan solo emite un dictamen que le sirve al juez para sentenciar. El perito es un auxiliar del juez y su convicción no sustituye a la judicial. Si bien al juez le está vedado opinar sobre cuestiones técnicas no jurídicas, para lo cual es auxiliado por peritos, el magistrado no es rehén de cualquier dictamen pericial que se le presente. La decisión del caso excede la valoración de la eficacia diagnóstica de diferentes métodos. Si bien el perito enumera algunos textos vinculados a la cuestión debatida, al fundar sus conclusiones alude de manera imprecisa a la totalidad de la bibliografía y se apoya fundamentalmente en su íntima convicción. Sabido es que el valor del dictamen está relacionado con la seriedad de sus conclusiones, los métodos científicos empleados, el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia o técnica, el nexo lógico entre las premisas y las conclusiones, su coherencia, la calidad de sus fundamentos y el grado de su concordancia con los demás elementos de prueba. La referencia a la propia convicción del experto, y la mención a la bibliografía sin distinciones, matices, ni precisiones ponen en evidencia que el perito ha basado su informe en su opinión, sin respaldo técnico y científico suficiente. La afirmación del juez acerca de que asignando particular preponderancia al dictamen pericial en razón de su especificidad y la índole del objeto de debate (cfr. art. 384, CCAyT), conducen a la convicción de que el planteo concerniente a la realización de los testeos a los residentes y al personal de los geriátricos debe prosperar es una fundamentación aparente. Tanto por las características del dictamen, como porque no obran en autos otros elementos de prueba y por la falta de entidad de la referencia a exposiciones realizadas por expertos en programas de televisión. En segundo lugar, cabe referirse al dictamen pericial en sí mismo. La decisión tuvo como pilar un paupérrimo peritaje oficial, en el cual una situación muy compleja pretendió resolverse en poco más que cuatro carillas. Por el modo en el que está elaborado se observa un intento de hacer concordar los resultados con una posición apriorística. El experto no ha procurado, tal como era su deber, presentar al magistrado el fundamento de su conclusión. Asimismo, también es de extrañar, por la novedad de la cuestión debatida y los permanentes cambios en la información, que el profesional no hubiera señalado el grado relativo de sus conclusiones, cuando necesariamente no pueden alcanzar más que un grado de relativa probabilidad, en tanto la vorágine mundial desatada en la comunidad científica genera estudios de dudosa validación.

Desde luego, este hecho no conlleva la imposibilidad de realizar un dictamen sino que, por el contrario, hubiese requerido del experto un análisis que recoja en forma exhaustiva la información disponible, la jerarquización de sus fuentes y una valoración crítica de su verosimilitud e implicancias.

12. Del protocolo del 16 de junio puede inferirse que la realización de test serológicos constituye una primera etapa en la estrategia de detección de casos de COVID-19 y que los resultados positivos son seguidos de la realización de test PCR, lo que evidencia un curso de acción que no luce manifiestamente arbitrario o ilegítimo. Por otro lado, el juez de grado no ha considerado cuál es la capacidad de la Ciudad de Buenos Aires para hacer PCR, si cuenta con reactivos e hisopos suficientes ni cuántos laboratorios tienen capacidad de realizar estos test. Tampoco parece haber evaluado cuántos geriátricos privados hay en la Ciudad, con cuánto personal y cuántos residentes, ni tampoco cuántos profesionales de la salud visitan estos establecimientos. Finalmente, no se ha considerado si esas personas están interesadas en la realización de tales test. La falta de datos suficientes imposibilita tomar una decisión como la peticionada. La manipulación del proceso al pretender presentarlo como una defensa de intereses colectivos tampoco ha ayudado, y no basta la insinuación de que el Gobierno no hace test periódicos con el alcance peticionado porque desatiende ilegítimamente a las personas mayores, sin siquiera considerar por qué no se hacen (medios disponibles, reactivos, dificultades para hacer PCR, etc). Ordenar test PCR semanales a las personas que ingresan a cada institución geriátrica de la Ciudad a cargo del GCBA podría encubrir eventuales incumplimientos contractuales de las instituciones geriátricas, sin saber siquiera si el GCBA tiene la capacidad necesaria para cumplir la prestación requerida. De acuerdo a las constancias de la causa no hay elementos que permitan juzgar a la conducta del GCBA como arbitraria o portadora de ilegalidad manifiesta, de cara a los derechos invocados en la demanda (cf. arts. 2° de la Ley 2145 y 14 de la CCABA). En síntesis, la actora no ha probado que la conducta imputada al GCBA pueda ser calificada como arbitraria o portadora de una ilegalidad manifiesta ni que le genere un perjuicio actual o inminente.

13. Por otro lado, la actora (actuación 15711421/20) sostiene que "el protocolo" -que no individualiza con claridad- "exige que los geriátricos contraten a trabajadores que ni siquiera se sabe si van a prestar tareas, se les abone el sueldo, luego no se lo pueda despedir por un tiempo y si alguna vez pudiera hacérselo, se le abone doble indemnización?". Sin embargo, los protocolos obrantes en autos no contienen obligación semejante. De las reglamentaciones aludidas por la actora surge que las residencias para personas mayores deben elaborar un plan de contingencia "adaptado a las características" de cada establecimiento. Dicho plan debe contener un "cuadro de suplencias" del personal ante casos sospechosos. En este marco, las normas nada dicen sobre el deber de contratar personal y no se advierte obstáculo alguno para que el plan de suplencias sea elaborado sobre la base de las personas que trabajan en el establecimiento Instituto Geriátrico Riglos, en el marco de la organización que sus autoridades estimen conveniente. Más allá de la emergencia, las residencias geriátricas tienen la obligación de contar con personal suficiente en los términos de la Ley 5670 y su decreto reglamentario. Es decir que la obligación de contar con reemplazos para el caso de ausencia de algún trabajador no se deriva de los nuevos protocolos, sino que es una imposición de la legislación vigente a fin de resguardar el derecho de las personas que residen o asisten a esos establecimientos (cf. art. 5 de la Ley 5670). En ese contexto, por su generalidad, los planteos efectuados en la apelación de la actora no resultan idóneos para rebatir la decisión de grado.

14. El amparo procede cuando el acto u omisión de una autoridad pública o de un particular resulte susceptible de ser calificado como manifiestamente ilegal o arbitrario y, asimismo, ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza - actual o inminente- de los derechos o garantías constitucionales o legales a los que se refieren los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Como ha destacado la Corte Suprema, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a la que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de amplio debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747). Es necesario "...que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión..." a otros procedimientos judiciales (Fallos, 241:291; 280:228). La necesidad de demostrar de manera fehaciente daños o riesgos concretos y graves es un requisito fundamental para la procedencia formal del amparo (Fallos, 324:3833). Sobre la base de los conceptos expuestos se advierte que el planteo de la actora está desprovisto de sustento fáctico y jurídico e incurre en afirmaciones dogmáticas. Ante la ausencia de una conducta manifiestamente ilícita o arbitraria del Gobierno de la Ciudad, no cabe más que rechazar la demanda intentada en todas sus partes. Si bien ningún deber es más elemental y sustancial para el Estado que el de cuidar la vida y la seguridad de los habitantes, atento la confusión argumental de la demanda en cuanto a los intereses defendidos y la falta de prueba de la ilegitimidad de la actuación estatal, comparto el criterio de mis colegas y del señor fiscal ante la Cámara en cuanto proponen revocar la sentencia y rechazar la demanda, sin costas (art. 14 CCABA). Por ello, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora. 2) Hacer lugar al recurso interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, rechazar el amparo. 3) Sin costas (art. 14 CCABA). Notifíquese electrónicamente a las partes y al fiscal ante la Cámara y, oportunamente, devuélvase.

Hugo Ricardo Zuleta JUEZ/A DE

CAMARA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA III Esteban Centanaro JUEZ/A DE CAMARA  
SUBROGANTE CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA III Gabriela Seijas JUEZ/A DE CAMARA  
CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA III Correlaciones: Geri SA c/GCBA  
s/amparo - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 10 - 22/07/2020 - Cita digital IUSJU001170F  
001582F