



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"

San Nicolás de los Arroyos, 2 de agosto de 2012.

VISTOS: -

Estos autos "L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS", en trámite bajo el nº 1422-2012; y -

CONSIDERANDO que: -

I) A fs. 76/77 el Sr. Juez del Juzgado Correccional nº 3 de Junín hizo lugar a la medida de no innovar planteada por la Sra. L.M.A. contra el Instituto de Obra Médico Asistencial, ordenando a éste que mantuviera a la amparista en el carácter de afiliada voluntaria individual, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a una orden judicial y de aplicación de astreintes, resolución contra la cual se alza la demandada a fs. 111/114 de autos.

II) Liminarmente, haremos un breve relato de las actuaciones para una mayor ilustración de la cuestión traída a resolver.

Así, tenemos que la actora, L.M.A., promueve (fs. 27/32) una acción de amparo dirigida contra IOMA, para que dicha obra social le otorgue la cobertura total y los medios necesarios para la realización de un *"by pass gástrico en Y de Roux por videolaparoscopia"*, intervención que le resulta necesaria en virtud del diagnóstico de super obesidad mórbida y diabetes tipo 2.

Refiere que recurre a la vía del amparo, en tanto ha solicitado la cobertura al IOMA administrativamente, sin haber obtenido respuesta alguna por parte del Instituto, y atento la urgencia del caso.



229501692000144208



Expediente n° 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"

A fs. 29 vta. solicita medida cautelar -coincidente con la pretensión principal-, la que fuera rechazada por el *a quo* a fs. 51/52, previo dictamen pericial (*vide* fs. 49/50).

III) Resuelta dicha cuestión, la amparista se presenta nuevamente (fs. 73/75), denunciando hecho nuevo, y solicitando medida cautelar de no innovar.

Peticiona lo anterior en virtud de haber sido notificada de la Resolución n° 2619/12 [glosada a fs. 65/66 de autos], emanada del Directorio del Instituto demandado, mediante la cual se dispone: -

"1°) Revocar el otorgamiento de la afiliación de la Sra. L.M.A.

2°) Rechazar la solicitud de cobertura de una cirugía bariátrica con la realización de una gastrectomía lateral en manga.

3°) Ordenar el inicio de actuaciones sumariales para la evaluación de las responsabilidades de los agentes que intervinieron en la afiliación.

4°) Registrar. Notificar a la interesada. Comunicar a la Asesoría General de Gobierno y a la Dirección de Relaciones Jurídicas. Pasar a las Direcciones Generales y demás Direcciones intervinientes del Instituto para su conocimiento. Cumplido, archivar."

Para así resolver, el IOMA sostiene que -teniendo a la vista la presentación afiliatoria de la hoy amparista- surge que la misma presentó *"una historia clínica con patología preexistente (obesidad) que pudiera resultar impedimento de su incorporación afiliatoria."*

Señala el IOMA que dicha preexistencia constituía un impedimento para su afiliación, ya que (por Resolución n° 7256/09) se



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" dispuso incluir a la obesidad -y enfermedades de ella derivada- en el listado previsto en el Anexo 1 de la Resolución nº 438/04 (enfermedades preexistentes) por lo cual la Sra. L.M.A. *"no debería haber accedido al beneficio afiliatorio"*.

Por ello, sostuvo el IOMA que la decisión afiliatoria deviene ilegítima e imperfecta y, consecuentemente, revocable por el mismo organismo que la adoptó, en tanto la Administración puede y debe revocarlo de oficio ya que carece de todo fundamento de legitimidad.

Asimismo, considera que debe analizarse la conducta de los agentes intervinientes en la decisión afiliatoria, disponiendo el inicio de las actuaciones sumariales pertinentes.

En virtud de ello, la actora denuncia esta situación, y plantea (fs. 74) una medida de no innovar, tendiente a que se mantenga su afiliación al IOMA, dado que la resolución descripta resulta discriminatoria, arbitraria y desproporcionada, además de contraria a los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, resultando dicho acto administrativo viciado de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, solicitando inclusive para el caso que la medida -de concederse- fuera recurrida, se conceda el eventual recurso con efecto suspensivo.

IV) A fs. 76/77, en fecha 25/06/2012, el sentenciante de grado resuelve hacer lugar a la medida impetrada por la actora, ordenando al IOMA, como fuera relatado *supra*, que mantenga a la Sra. L.M.A. en carácter de afiliada.

Para así decidir, el *iudex* entendió que, encontrándose pendiente la *litis*, debe tenderse a mantener el *status quo* entre las partes, respondiendo así a los principios de igualdad de las partes en el proceso,



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO
DE LITIGAR SIN GASTOS"

y la buena fe procesal.

V) Notificada que fuera la demandada, el Dr. Gastón Ferroni interpone recurso de apelación contra la decisión de grado (*vide* fs. 111/114), con base en los fundamentos que se sintetizan *infra*.

Liminarmente, señala que resulta arbitrario obligar al Instituto demandado a apartarse del "*régimen especial de afiliación voluntaria*", establecido en el artículo 18 de la Ley nº 6982, en tanto estatuye que serán afiliados voluntarios "*a) los afiliados de las entidades que adhieran a este régimen; b) los ex afiliados en general, que no hayan sido objeto de sanción por el IOMA, en la medida, alcance y condiciones que prevea la reglamentación...*"

Así, continúa agravándose por cuanto, si bien el *a quo* nada dijo del rechazo afiliatorio, el mismo emanó de un acto administrativo que no hizo más que basarse en su normativa interna, por lo que -aún teniendo en cuenta la jerarquía constitucional del derecho a la salud- su parte entiende que no se ha vulnerado ese derecho por el acto denegatorio de afiliación voluntaria de la Sra. María Alicia López, ya que el mismo se basó en las normas reglamentarias que rigen al Instituto.

Por otra parte, resalta que la amparista puede ver satisfecho su derecho a la salud a través del sistema de salud pública que garantiza el Estado a todas aquellas personas que no posean obra social.

Indica que, en el caso, el IOMA ha actuado ajustándose al principio de legalidad administrativa, y que resulta totalmente razonable establecer restricciones en el ingreso al sistema, de manera tal que se permita organizar un sistema de prestaciones solidario y previsible para el universo afiliatorio.



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO
DE LITIGAR SIN GASTOS"

En cuanto al peligro en la demora, manifiesta que no se advierte cuál peligro podría revestir la no afiliación de la amparista, toda vez que la misma ha interpuesto acción de amparo, caracterizada por su limitación temporal.

Solicita -asimismo- se conceda el recurso con efecto suspensivo, ya que -de mandar a cumplir la medida cautelar- se tornaría abstracto el debate ante la Alzada, pues al tratarse de una prestación única, se agotaría con el cumplimiento de la manda cautelar.

Cita jurisprudencia, deja planteada la cuestión federal y peticiona.

VI) A fs. 115 el *a quo* concede el recurso con efecto suspensivo, aplicando la excepción a la regla general establecida en el artículo 17 de la ley nº 13.928, corriendo traslado del mismo a la parte actora por el plazo de tres (3) días.

La amparista contesta el traslado (fs. 145/148 vta.) principiando por poner de resalto que la resolución recurrida hizo lugar a una medida de no innovar solicitada en resguardo de la decisión "*unilateral*" tomada por IOMA de revocar su afiliación, tras haber transcurrido más de un (1) año y medio desde que ingresara como afiliada voluntaria al sistema, cumpliendo con todos los requisitos impuestos, aún con carencias, declarando como enfermedad preexistente la obesidad mórbida, conforme la accionada misma lo refiere en la resolución atacada.

Señala que la apelante se agravia por cuanto la resolución de grado la obliga a mantener la afiliación de la amparista, "*cuando la misma sufre de obesidad preexistente susceptible de encuadrarse dentro de las enfermedades preexistentes previstas en la Resolución N°*



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" 438/04", y que dicho decisorio la obliga a *"apartarse del régimen de afiliación voluntaria"*.

La amparista refuta dicho agravio, entendiendo que la demandada pretende ir contra sus actos propios, toda vez que aceptó su afiliación voluntaria, todo lo cual surge del texto de la resolución del IOMA. Cita jurisprudencia referida a la teoría de los actos propios, y la imposibilidad de revocarlos en la propia sede cuando éstos han producido ya efectos jurídicos.

Aduna que la resolución del Instituto demandado resulta lisa y llanamente un acto discriminatorio, especialmente previsto por la Ley nº 23.592, como así también implica una violación del PMO, de la Ley nº 26.682 (marco regulatorio de la medicina prepaga) y conculca derechos adquiridos establecidos por los artículos 16 y 17 de la Carta Magna, por lo que solicita se deje sin efecto *ipso facto*.

Asimismo, solicita se declare la inconstitucionalidad del marco regulatorio y normativa vigente dictada por el Directorio del IOMA, en tanto conculca los principios constitucionales citados, agregando que la accionada cita -para justificar sus actos- el principio de legalidad administrativa, cuando -en realidad- actúa con absoluta mala fe procesal, en forma arbitraria e irrazonable.

Respecto del peligro en la demora, resalta que la medida cautelar en ciernes se vincula con la desafiliación de su parte, y fue dictada dentro del proceso de amparo que tiene por objeto lograr la autorización de una cirugía bariática.

Finalmente, plantea la inconstitucionalidad del efecto suspensivo con que fue concedido el recurso, mantiene la reserva del caso federal y



229501692000144208



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO
DE LITIGAR SIN GASTOS"

peticiona.

VII) Observamos que -según surge de la propia resolución nº 2619/12 atacada por la actora- el organismo demandado reseña *"Que a fs. 40/45 vta. la Dirección de Afiliaciones adjunta presentación afiliatoria, de la cual surge que la beneficiaria presentó una historia clínica con patología preexistente (obesidad) que pudiera resultar impeditiva de su incorporación afiliatoria"* (tercer párrafo de la Resolución citada, fs. 65, el subrayado nos pertenece).

Continúa la resolución señalando que dicha afiliación, en consecuencia, deviene ilegítima e imperfecta, y -en consecuencia- revocable por el mismo organismo que la adoptó, disponiendo incluso sumariar a los agentes que intervinieron en dicho proceso de afiliación (a quienes, vale aclarar, no individualiza).

En síntesis, la accionada reconoce -en su propia resolución- haber tenido conocimiento de la enfermedad preexistente que padecía la actora al afiliarse, e incluso -según surge de los recibos de pago acompañados a fs. 67/72- la amparista ingresó con carencias.

Tales carencias, si bien no están especificadas, surgen del informe obrante a fs. 92 de autos, emanado de la Directora de Afiliaciones del IOMA, son: a) Plan materno infantil, parto y cesárea (parental, parto, cesárea y atención al recién nacido), trescientos (300) días, b) Prestaciones de alta complejidad terapéutica (cirugía cardiovascular, neurológica), trescientos (300) días; c) trasplantes, trescientos (300) días.

Cabe aclarar que las partes no son contestes respecto de la fecha de ingreso como afiliada voluntaria de la actora, pero ello no



229501692000144208



Expediente n° 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO
DE LITIGAR SIN GASTOS"

resulta trascendente en esta instancia del proceso, y -de cualquier modo- todas las fechas consignadas superan los trescientos (300) días de carencia dispuestos por IOMA.

En su escrito recursivo la demandada basa su planteo en la supuesta arbitrariedad de la sentencia, por obligar a su parte a apartarse del régimen especial de afiliación voluntaria establecido por el artículo 18 de la ley n° 6982, refiriendo a un supuesto "*rechazo afiliatorio*" y no a la "*revocación de afiliación*" discutida.

VIII) Analizaremos -a partir de la reseña de las actuaciones- si se configuran los recaudos necesarios para conceder una medida cautelar como la solicitada en el caso bajo examen, esto es, verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, y no afectación grave al interés público.

Entendemos que la verosimilitud en el derecho se encuentra plasmada en la propia Resolución n° 2619/12, conforme fuera relatado, en tanto IOMA afirma haber conocido la preexistencia de la enfermedad padecida por la actora, no obstante lo cual procedió a ingresarla como voluntaria, para -más tarde- revocar oficiosamente dicha afiliación por alegar que advirtiera su supuesta ilegitimidad (aún cuando la misma ingresó con carencias, según las constancias de autos ya señaladas).

En el caso bajo examen, la propia Administración reconoce haber tenido conocimiento de la situación de la amparista, y haber procedido a aceptar su afiliación voluntaria, ingresando la misma con carencias (que no surgen especificadas en el expediente), pero cuyo plazo máximo -según la propia demandada (300 días)- ya había transcurrido al momento de desafiliarla.

Consideramos pues, y sin que implique ello analizar el fondo de



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO
DE LITIGAR SIN GASTOS"

la cuestión, que la afiliación de la actora al Instituto habría generado en cabeza de ella derechos subjetivos que se estaban cumpliendo a la hora de la revocación, y no se advierte "prima facie" una ilegalidad o ilegitimidad manifiesta en el acto que la Administración revoca, teniendo en cuenta -reiteramos- que la misma ingresara con carencias, y máxime si consideramos que se encuentran en juego derechos fuertemente protegidos a nivel constitucional.

Todas estas circunstancias nos llevan a tener por acreditada la presencia del requisito de *verosimilitud del derecho* respecto de la medida solicitada.

Podemos recordar en concordancia, lo dicho por la SCBA, en el sentido de que: *"La expresión 'cosa juzgada administrativa' incorporada en la materia por vía jurisprudencial, denomina una situación jurídica que impide la extinción del acto administrativo por la propia Administración pública, asegurando su inmutabilidad en resguardo de los derechos subjetivos que el mismo ha generado."* Y también: *"La doctrina de la cosa juzgada administrativa es una valla impuesta al mal uso de las facultades revocatorias de la Administración Pública, ya que determina que ella, por el respeto que impone el derecho de los particulares, deberá concurrir a la justicia para obtener la revocación por ilegitimidad de sus propios actos regulares de los que han nacido derechos subjetivos"* (SCBA B 50905 S 4-10-1988, *"Monroy de Schiano, Angélica c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa"*).

Asimismo sostuvo: *"El instituto denominado 'cosa juzgada administrativa' constituye una garantía en favor del particular beneficiado por una decisión administrativa tendiente a impedir que la propia*



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"
administración que la dictó la deje sin efecto cuando ha sido notificada y no se presenten los supuestos de excepción contemplados en la norma de procedimiento aplicable" (SCBA, B 54921 S 28-9-1999, "Lattucca, Norma Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires (I.P.S.) s/ Demanda contencioso administrativa").

En cuanto al *peligro en la demora*, surge en tanto -lisa y llanamente- se deja sin cobertura a una persona que contaba con la misma desde hace más de un (1) año, y esto implica que -más allá de la cirugía bariátrica reclamada y que se discute en el fondo- la amparista no podrá atenderse por ninguna otra causa, vinculada a su enfermedad preexistente o no, lo que conlleva un riesgo para su salud, especialmente teniendo en cuenta el delicado estado físico y psíquico en que se encuentra, según surge de los informes y certificados acompañados con la demanda.

Respecto del interés público, no encontramos que esté comprometido, teniendo en cuenta los alcances de la medida solicitada, relativos a la afiliación de una persona que aporta al sistema.

En virtud de los fundamentos expuestos, y haciendo mérito de los intereses en juego (aunque en este estadio preliminar del proceso y sin que ello implique adelantar opinión respecto del fondo del asunto), es decir, el resguardo de la integridad física de la amparista y el derecho a la salud (artículo 36 inciso 8 CPBA), consideramos que se encuentran configurados los requisitos procesales para mantener la medida cautelar decretada por el *a-quo*.

Por tanto, esta Cámara **RESUELVE:** confirmar la resolución de grado, en cuanto fue materia de agravios; e imponer las costas a la demandada vencida.



229501692000144208



Expediente nº 1422-2012 " L.M.A. C/ IOMA S/ AMPARO Y BENEFICIO
DE LITIGAR SIN GASTOS"

Regístrese. Notifíquese por Secretaría.

Habilítense días y horas (art. 153 CPCC).

Devuélvase.

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER DAMIÁN NICOLÁS CEBEY

CRISTINA YOLANDA VALDEZ

ANTE MÍ: