RAWSON, 24 de Octubre de 2007.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: “F., M. C. y otro s/ Medida Cautelar en autos: “F., M. C. y otro c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa". (Expte. N° 20.616-F° 238-Año 2006) (Expte. N° 20.846-F-2007).

DE LOS QUE RESULTA:

Que a fs. 103/104 de este incidente -reiterando el pedido que efectuara en el Expte. principal, desglosado y agregado a fs. 61 y vta. del presente- la actora viene a solicitar la aplicación de astreintes conminatorias, que calcula en la suma de $500 por cada día de retardo en el cumplimiento de la cautela ordenada por S.I. N° 42/SCA/06, a contar del vencimiento del plazo de cinco días otorgado para ello, con fundamento en los arts. 666 bis del Código Civil y 37 del CPCC.- Manifiesta que la demandada no ha cumplido con la manda, ni ha ofrecido cumplir en tiempo razonable, ni ha acreditado la realización de gestiones para cumplir respecto de la mayor parte de las medidas allí ordenadas.

Argumenta que en modo alguno puede considerarse cumplida la orden cautelar en lo que surge de la Nota N° 22/07 del Director Provincial de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Salud, Dr. F. S. (agregada a fs. 71 y vta.) remitida en respuesta de los Oficios N°115/SCA/06 y 07/SCA/07 de este Tribunal.- Señala que lo manifestado en los puntos 1), 2), 3) y 4) de la misma se refieren, aunque en forma imprecisa, a hechos ocurridos con anterioridad a la promoción de la demanda, algunos ya mencionados en ésta, obviando la situación actual, no habiéndose satisfecho los que constituyen reclamos imprescindibles para la salud de su hijo, acogidos por el Cuerpo en la tutela.- Califica esta respuesta como inoficiosa a los efectos de modificar la resolución que la acuerda -en

cuanto se aduce venir cumpliendo con las prestaciones que solicita- e insuficiente a los efectos de justificar el incumplimiento de la medida cautelar.

En general, la accionante menciona que de la demanda surge que se entregó un respirador artificial y una silla de ruedas para su hijo, y que recibía la atención y controles médicos en el Hospital de Trelew, pero que también se explicó que el primer aparato no contaba con una batería interna y la segunda no cumplía los requisitos técnicos solicitados.

En particular, respecto de la cuidadora domiciliaria, que en la citada Nota 22/07-AL-SS se indica como “asistente”, refiere que sólo ha concurrido a su domicilio “a colaborar en diversos trámites, pero nunca tuvo a cargo la atención del niño enfermo, entre otras cosas porque carece de ///capacitación para esa tarea; se trata de una beneficiaria de un plan de empleo, que percibe aproximadamente $150 mensuales”.- Insiste en lo dicho en la demanda, esto es, que esporádicamente fue asignada una persona, pero en la actualidad no cuenta con este servicio, y que así ha sido prácticamente durante toda la vida del niño.

En cuanto a la atención hospitalaria, la actora dice que en la Nota de marras se omite información sobre cada uno de los puntos del “Plan de Trabajo” previsto por el Director del Hospital Zonal de Trelew Dr. G. F..- En particular y a título de ejemplo refiere a la falta de tratamiento psicológico para el niño y su familia, inconvenientes para sus traslados al hospital, las esperas de turno, cuestiones éstas ya expuestas en la demanda.

A fs. 105 se corre traslado al Señor Defensor General (se lo notifica a fs. 108) y a la demandada (cédula agregada a fs. 109 y vta.).

El Sr. Defensor General no contesta; sí lo hace a fs. 114 la Provincia del Chubut, rechazando el pedido de astreintes porque –asevera- según se desprende de la Nota Nº 22/07-AL-SS (la citada por la actora), ha cumplido con la medida cautelar en la medida de las posibilidades y recursos con los que cuenta el Estado, y en lo que no se pudo cumplir -justifica- como en el caso de cuidadora domiciliaria, ///se debió a la falta de colaboración de la madre, tal como lo detalló en el Punto III-3-a) de la contestación de demanda.- A la par ratifica lo expuesto en ese y otros acápites del mismo –III-3- b), c), d), f) y g)- respecto de la provisión de una batería interna, una silla de ruedas y la atención regular del paciente y su familia en el hospital.----------

CONSIDERANDO:

1.- Que el 20 de Octubre de 2.006, por S.I. N° 42/SCA/06 (copia a fs. 29/46) se hizo lugar a a la cautela solicitada en el Expte. Principal -punto X de la Demanda- en beneficio del menor B. A. T. -hijo de la actora- ordenando a la PROVINCIA DEL CHUBUT, hasta tanto recaiga fallo definitivo en esos autos:

“1.- la provisión urgente de una batería interna, que de acuerdo con sus especificaciones técnicas requiere el respirador artificial que utiliza el menor;----

2.- la provisión urgente de una silla de ruedas acorde con las indicaciones médicas y que mejor atienda las necesidades de su salud;

3.- asignar una enfermera y/o cuidadora domiciliaria capacitada para su atención, según las necesidades y en el tiempo que evalúe la Secretaría de Salud o autoridad o funcionario que ésta indique

4.- Ordenar al Director del Hospital Zonal de Trelew la efectiva atención preferencial al menor enfermo en todos los servicios del nosocomio a los que deba concurrir, y el efectivo cumplimiento del cronograma o plan de trabajo que oportunamente se previó para su tratamiento, o de otro que se elabore por los ///profesionales que lo deben asistir si se estimara más adecuado para la atención del menor".

1.1.- Que en el mismo mes de Octubre de 2.006 la actora – a quien se impuso la carga de impulso de las medidas tutelares- acompañó a fs. 53/56 vta. los Oficios diligenciados a fin de hacer efectiva la misma.- Consta que en ese mes y año, el día 24, la Secretaría de Salud recibió el Oficio N° 115/SCA/06; el día 25 la Fiscalía de Estado y el Sr. Gobernador de la Provincia recibieron los Oficios Nº 113 y 114/SCA/06, y el día 28 recibió el Director del Hospital Zonal de Trelew el Oficio Nº 116/SCA/06.

1.2.- El 5 de Diciembre de 2.006, a solicitud de la accionante (conforme escrito de fs. 72 del Expte. principal, cuya copia obra a fs. 61 y vta. de este Incidente) se ordenó librar oficios reiteratorios de los dirigidos al Director del Hospital Zonal de Trelew y a la Secretaría de Salud (por providencia de fs. 73 del Expediente principal, copia agregada a fs. 129) que debían ser contestados en el plazo de cinco días.- Así, bajo apercibimiento de aplicar las astreintes conminatorias previstas en el art. 37 CPCC, haciéndolo saber al Sr. Gobernador de la Provincia y al Sr. Fiscal de Estado.- A fs. 97/102 la actora acompaña las copias con cargo de recepción de los primeros -del 18 y 13 de Febrero de 2.007, respectivamente- y de estos últimos del día 15 (Oficios N° 6, 7, 8 y 9/SCA/07, respectivamente).

///---1.3.- Que el 16 de Febrero de 2.007 por Nota N° 22/07 – a fs. 71 y vta.) la Secretaría de Salud –a través de su Director Provincial de Asuntos Jurídicos e Institucionales- responde los Oficios N° 115/SCA/06 y 7/SCA/07- y el 1 de Marzo de 2.007 –a fs. 72/96- el Director del Hospital de Trelew, responde el Oficio N° 6/SC/07.-------

------ 1.4.- El 27 de Febrero de 2.007 -a fs. 103/104- la actora solicita la aplicación de astreintes a la accionante aduciendo la falta de cumplimiento de la cautelar.

1.5.- La Provincia contesta el traslado de esta solicitud el 3 de Mayo -fs. 114 y vta.- en los términos detallados en el último resultando.- Manifiesta haber cumplido lo que se ha ordenado, remitiendo a lo expuesto en el Punto III-3-a), b), c), d), f) y g) de la contestación de demanda, pues al tiempo de dictar la medida precautoria por S.I. Nº 42/SCA/06, aún no se había corrido el traslado respectivo.-

1.6.- Que estando los autos para resolver el pedido de la actora de fs. 103/104, se recibió el 29 de Mayo (a fs.117) un Informe del Director del Hospital de Trelew en el cual se alude a medidas acordadas entre la actora y aquel funcionario para la atención del menor involucrado.

1.7.- Que el 6 de Junio de 2.007, constatándose contradicciones entre dicho Informe y el punto II-c) del escrito de fs. 148/149 –del Expte. Principal, que se corresponde a fs. 103/104 de este Incidente-, con la ratificación que efectúa la demandada a fs. 114 vta. de lo expuesto en los puntos 3 a), b), c), d), f) y g) de la contestación de demanda –cuya copia se ordenó agregar a fs. 128 vta.-, con la Nota de la Secretaría de Salud N° 22/07-AL-SS de fs. 101 y vta. –a fs. 61 y vta. de este incidente- y la Nota N° 0802/07-HZT de fs.125/126 –a fs. 95/96 del presente- del Director del Hospital Zonal de Trelew, este Cuerpo dicta el Auto Interlocutorio N° 1/SCA/07 (a fs. 120/121 vta.), que dispone para mejor proveer:

“ 3.1.- Líbrese Oficio al Sr. Director del Hospital Zonal de Trelew a los efectos que realice las gestiones pertinentes para que la Dra. A. W. y/o el especialista que en la actualidad atiende a B. T. -en el aspecto de su salud correspondiente- constate si la silla de ruedas que utiliza en la actualidad cumple con las especificaciones técnicas adecuadas para su patología, y aclare, en su caso, si es necesario otra silla y/o efectuar modificaciones a la misma.- Asimismo, para que informe si dicha silla se ajusta a las indicaciones de la Dra. W. que constan a fs. 2 del expediente administrativo caratulado: “PROFE s/ant. Pago VM Insumos Médicos $6.450-Benef. T., B. (Prótesis)” (Expte. N° 5.161/2005-SS), o, en su caso, qué inconvenientes se presentaron para proveerle la misma, a cuyo fin deberá adjuntarse copia de este Expediente al ///oficio.- El resultado será informado directamente a Secretaría en el plazo de diez (10) días a contar desde la recepción del oficio.----------

------ 3.2.-Líbrese Oficio a la Secretaría de Salud de la Provincia del Chubut para que informe, en el término de diez (10) días a contar desde la recepción del mismo, si a partir del 24/10/06 -fecha de recepción del Oficio N° 115/SCA/06 que le notifica la cautela ordenada por S.I. N °42/SCA/06- se ha procedido a asignar una enfermera y/o cuidadora domiciliaria capacitada para la atención del niño B. T. e indique su nombre, estudios cursados y/o capacitación recibida, describa qué tareas específicas se le encomendaron, y cuáles han sido los inconvenientes que se presentaron, en su caso.----------

------3.3.- La actora deberá efectuar las siguientes aclaraciones específicas relativas a la cautela dispuesta por Nº 42/SCA/06 dentro del plazo de diez (10) días de notificada de la presente:----------
---

------- Respecto al punto 1.1 de ese resolutorio, indique si se ha proveído la batería interna que necesita para funcionar el respirador artificial en cuestión, y si se ha presentado algún problema al respecto.----------

------- Punto 1.2.: describa -en detalle- qué inconvenientes presenta la silla de ruedas que utiliza el niño B. T. en la actualidad atento lo expresado en la Nota del Director del Hospital de fecha 10/5/07.----------

------ Punto 1.3.: si a partir del 24/10/06 -fecha de notificación de la cautelar a la Secretaría de Salud- ha sido enviada al domicilio de la actora enfermera y/o cuidadora domiciliaria capacitada, indicando su nombre, ///estudios y/o capacitación -si se conoce- y describa qué tareas ha realizado, y cuáles han sido los inconvenientes que se presentaron, en su caso.----------

-------Punto 1.4.: precise qué atención médica, a cargo de los servicios del Hospital Zonal de Trelew no ha podido recibir el niño B. T. -y detalle los motivos- a partir del 25/10/06 -fecha de notificación de la cautela al Director de ese nosocomio".----------
---

------ 1.8.- Que el 21 de Junio de 2.007 (a fs. 134/136) la actora efectúa las aclaraciones solicitadas en el punto 3.3 precitado de las que se corre traslado al Señor Defensor General - que se notifica a fs. 138 vta., el 4 de julio de 2.007- y a la Provincia el 26 de julio de 2.007 quien contesta dicho traslado a fs. 149/152 vta..----------

------ 1.9.- Que en cuanto a los Oficios ordenados como medida para mejor proveer, el 10/07/07 (conforme cargo de fs. 142 y vta.) el Director del Hospital Zonal de Trelew recibió el Oficio N° 82/SCA/07, y lo respondió el día 1/08/07 (actuaciones de fs. 154/161).- En tanto la Secretaría de Salud no ha respondido hasta la fecha el Oficio N° 80/SCA/07, habiéndolo recibido el día 4/07/07 (constancia de fs. 143).----------

------ 1.10.- El 29 de Agosto de 2.007 (a fs. 162) la actora manifiesta que se ha vencido en exceso el plazo acordado a la Secretaría de Salud para contestar este último Oficio y solicita que se resuelva el pedido ///de astreintes.- Agrega que más allá de la discusión suscitada en torno a otros aspectos de atención brindada a B. T., se halla acreditado que no se ha cumplido la cautela en lo que respecta a la provisión de una nueva silla de ruedas y de una enfermera o cuidadora domiciliaria capacitada para la atención del niño.----------

------ 2.- Que cotejados los Informes de la Secretaría de Salud en Nota N° 22/07 (fs. 71 y vta.), del Director del Hospital de Trelew (el de fs. 72/96, el de fs. 117 y el de fs. 154/161), los escritos de la Provincia del Chubut (fs. 114 y vta., lo ratificado en el Punto 3 de la Contestación de Demanda en copia a fs. 125/128 de este Incidente y el escrito de fs. 149/152 vta.), con los escritos de la actora (de fs. 61 y vta., 103/104, 134/136 y 162 y vta.), pueden extraerse las siguientes conclusiones respecto del cumplimiento de cada uno de los cuatro puntos ordenados en la cautelar dispuesta por esta Sala:----------

------ 2.1.- Ordenada en su Punto 1.1 “la provisión urgente de una batería interna, que de acuerdo con sus especificaciones técnicas requiere el respirador artificial que utiliza el menor”- no puede más que concluirse en que se ha cumplido.- Conforme ha reconocido la actora a fs. 134, el elemento fue entregado – expresa que su funcionamiento es correcto y que no presenta ningún tipo de inconvenientes- aunque cuestione la demora de cuatro meses después de dictada la cautela.----------

///---2.2.- En lo que refiere a la orden de “la provisión urgente de una silla de ruedas acorde con las indicaciones médicas y que mejor atienda las necesidades de su salud” (Punto 1.2), recuérdese que la actora había manifestado en la demanda –al pedir la tutela- que la silla que utiliza el niño B. T. en la actualidad “no se adecua a la cifoescoliosis severa” que padece, y notificada la cautela, se obtuvieron las siguientes respuestas:----------
----

------ 2.2.1.- El 16 de Febrero de 2.007 la Secretaría de Salud informó que “las características de la silla de ruedas suministrada fueron indicadas por el Servicio de Rehabilitación del Hospital Zonal de Salud de Trelew, sin registrarse con posterioridad un pedido o contraindicación específica”... (Nota 22/07, a fs. 71 y vta. Ver punto 1.3).----------

------2.2.2.- Por su parte, el Director del Hospital de Trelew, en el Informe de fs. 95/96 (recibido el 1/03/07- Ver punto 1.3) dijo que la silla de ruedas suministrada el 28 de Octubre de 2.005 fue recibida en conformidad por el Sr. R. T., padre del menor, no recibiendo reclamos hasta recibir el Oficio Nº06/SCA/07.- Y en el Informe de fs. 117 (recibido el 29/05/07 – Ver 1.6), el mismo Director aclaró que cuando el PROFE había entregado la silla de ruedas la madre del menor no efectuó reclamo alguno – con el primer Informe había adjuntado copia de un “Contrato de comodato” del 28 de Octubre de 2.005 (a fs. 92/94, entre el menor B. T. –///representado por su padre R. T.- y la Dir. Prestaciones Médicas de la Comisión Nacional de Pensiones Asitenciales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y en su representación la UEP –a su vez “comisiona” -pero no hay firma- a un funcionario que se individualiza para el acto).----------
---

------ 2.2.3.- La Provincia del Chubut adujo, en general, frente al pedido de astreintes por incumplimiento de la cautelar, que había cumplido dentro de sus posibilidades y recursos con los que cuenta el Estado... (fs. 114 y vta.).- Luego al contestar las aclaraciones de la actora (a fs. 149 vta./150 vta.) refirió que la silla se había adquirido en función de las indicaciones de la Lic. W. y entregada a través del “PROFE”, recibida “en conformidad” -todo ello en el año 2.005-, y que no se habían registrado “quejas de la mamá del beneficiario” ni pedidos o cambios.- También se hace referencia a una nota del “PROFE” a los efectos de que la Lic. W. se expidiera respecto de la silla de ruedas, para saber “si era la adecuada o no”, pero “que no se obtuvo éxito alguno” –se dijo.- Se alude a un subsidio que habría otorgado a la actora en el año 2.000 para la compra de una silla de ruedas; que luego en el año 2.005 se entregó en comodato tal elemento “según las indicaciones del médico tratante” y que hasta la fecha no se habían recibido reclamos “por las vías ordinarias...”

y que según se desprende de los dichos de las autoridades locales del PROFE la Sra. F. no ha formulado expresamente reclamos a ese organismo ni ante el Hospital Zonal de Trelew.- Agrega que el Kinesiólogo A.manifestó que la silla entregada es la correcta.---///--- Finalmente la accionada expone que atento lo conversado con la Sra. E., "referente del PROFE" en el Hospital Zonal de Trelew, si "el avance de la cifoescoliosis es progresivo" y se necesitara modificar la silla que hoy tiene, en un breve lapso necesitaría otra modificación, "lo que resultaría imposible de proveer por esta parte, atento los costos y el tiempo que transcurre desde que se inicia el trámite administrativo hasta que culmina con la adquisición, corriendo el riesgo de que al momento de la recepción de una nueva silla la misma ya no sea adecuada debido a la evolución de la patología".- ----------

------ A todo evento, antes de recibir este último escrito, ante la evidente contradicción entre aquellos Informes del Director del Hospital de Trelew, de la Secretaría de Salud y la Provincia demandada –aseverando que fue aceptada y no hubo reclamos por la silla de ruedas proveída- y la insistencia de la actora en que no se ajusta a la enfermedad de su hijo B. T. y al crecimiento de su cuerpo, que no es la que necesita, esta Sala dispuso como medida para mejor proveer (A.I..N°.1/SCA/07, a fs. 120/121 vta. y su aclaratoria A.I. N° 2/SCA/07, a fs.124) librar un Oficio a dicho Director (Ver Punto 1.7 – lo ordenado en el Punto 3.1 del Auto allí glosado – El expte. referido en el mismo había sido acompañada con la Contestación de Demanda en el Expte. principal, después de dictada la cautela).----------

///--- 2.2.4.- Recién el día 1 de Agosto de 2.007, el Director del Hospital Zonal de Trelew informa a este Cuerpo datos "actuales" de la silla de ruedas que necesita el niño B. T..- Esto, a resultas de dicha medida para mejor proveer –el citado informe es la respuesta al Oficio N° 82/SCA/07 (fs. 142 y vta.).- Las actuaciones de fs. 154/161, suscriptas por ese Director dan cuenta de la intervención de la Médica Fisiatra A. A. W. Jefe División C. de Rehabilitación de ese nosocomio.- Esta funcionaria (a fs. 161) expresamente dice que se dirigió al domicilio del niño B. T. y constató que la silla de ruedas que actualmente usa es la que fuera indicada en el año 2.005, ya controlada desde ese servicio.- Sostiene que "si bien no responde exactamente a lo indicado en su momento (sistema conformado Cad Cam) por no hallarse fabricante del sistema, se aceptó esa silla".- Observa que ha crecido el niño en altura y "que su tronco se ha deformado, y que continuará progresando esta deformación, al punto que ya casi no tolera la posición sedente por mucho tiempo (presenta dolor según refiere la mamá)", y propone como indicación (el 20 de Julio de 2.007) "una nueva silla con reclinación total de respaldo, para mejorar su postura y tolerancia a los traslados".- Estas actuaciones están suscriptas por el Director del Hospital de Trelew.---------- ----------

------ Así, luego de nueve meses se respondió a este Cuerpo -según ha quedado manifiesto con las indicaaciones de la Dra. W.- que la silla de ruedas proveída no es la que necesita B. T. en la actualidad; y tuvo que ordenarse además de la cautela, una medida ///para mejor proveer para conocer de tal circunstancia.- Con tal demora, pese a que en las actuaciones adjuntas a la Nota

sin número del 8 de Enero de 2.007 suscripta por la Sra. M., de la SECRETARÍA DE SALUD-PROFE (reservadas en Caja de Seguridad de este Cuerpo), dirigida a la Dirección de Asuntos Jurídicos e Institucionales, consta que se había solicitado “que la Lic. W., si le era posible acercarse al domicilio del beneficiario a los efectos de verificar la silla de ruedas entregada, por si existiese algún problema...” atento que la madre no había presentado queja, y agrega que no había tenido éxito.----------

------ 2.2.5.- Asimismo, desde que formuló las indicaciones esa profesional hasta la fecha no consta en autos que se haya tramitado la adquisición o locación o comodato de una nueva silla de ruedas que se ajuste a estas características indicadas, ni se han dado los motivos de la demora o la imposibilidad de proveerla, sea de parte del Director de dicho Hospital (nada dice al contestar el oficio con esas indicaciones, a fs. 161), ni la Secretaría de Salud, ni la Provincia.- Sólo lo apuntado precedentemente.----------

------ 2.2.6.- Que en consecuencia, ha quedado acreditado el incumplimiento por la demandada, de la manda dada en calidad de tutela por este Cuerpo en S.I. Nº 42/SCA/06 – Punto 2 (Ver 2.1).----

///---2.3.- Respecto al Punto 1.3 - “asignar una enfermera y/ o cuidadora domiciliaria capacitada para su atención, según las necesidades y en el tiempo que evalúe la Secretaría de Salud o autoridad o funcionario que ésta indique”- habiendo ordenado su cumplimiento esta Sala en el Oficio N° 115/SCA/06 y su reiteratorio 07/SCA/07, sólo se respondió con lo informado en la Nota Nº 22/07 del Director Provincial de Asuntos Jurídicos e Institucionales de la Secretaría de Salud Provincial (a fs.71 y vta., del 16 de Febrero de 2.007): que se habían efectuado “distintas gestiones sin éxito”, incluyendo el ofrecimiento a la madre de B. -la actora – que ella presentara una persona de su confianza para contratarle sus servicios, para asignarle una asistente que concurriese a su domicilio y colaborara con diferentes tareas.----------

------ En su pedido de sanciones conminatorias, a fs. 103, la actora aduce que esporádicamente fue asignada una persona, pero que en la actualidad no se cuenta con este servicio “esencial para mejorar la calidad de vida de todo el grupo familiar”.- Y que la “asistente” a la que se alude en aquella Nota N° 22/07 ha concurrido al domicilio –según se relató antes- a colaborar en diversos trámites pero nunca estuvo a cargo de la atención del niño enfermo.----------

------ 2.3.1.- También se refirió a la provisión de una “enfermera o cuidadora domiciliaria” en sus Informes el Director del Hospital Zonal de Trelew.- En el de fs.95/96 dijo que el 25 de Febrero de 2.005 se instruyó Plan de Trabajo con el menor B. T. y Flia.”, en el cual se involucraron los servicios de Área Externa, Salud ///Mental, Escuela Hospitalaria, Unidad Medicina de Emergencia, Mesa de Entradas y Archivo.- Y que asimismo, según lo informado por la oficina del PROFE, se le había solicitado a la actora que, de conocer alguna cuidadora, avisara y que se le haría el contrato correspondiente.- Aduce que la accionante habría informado que dejaba sin efecto el pedido porque en Febrero se trasladaría el grupo familiar a Esquel, donde se efectuaría una nueva solicitud, pero indicándole que presentara una nota al respecto, dice que nunca se hizo.----------
---

------ 2.3.2.- Obran reservadas en Caja de Seguridad las actuaciones de la “SECRETARÍA DE SALUD-PROFE” DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT con Nota N° 18/06-SSPROFE suscripta por la Sra. G. M. coordinadora Administrativa de Prestaciones Médicas PNC) en la que dice haberse brindado la cobertura de una “cuidadora”, encontrándose ésta con “serias dificultades para trabajar”, porque “la madre no le permitía atender al 100% al beneficiario”, razón por la cual no continuó con la prestación, renunciando al contrato, haciéndose difícil conseguir asistente por estos antecedentes (esta Nota está fechada el 27 de Octubre de 2.006).----------
---

------ 2.3.3.- También están reservadas las actuaciones adjuntas a la Nota sin número del 8 de Enero de 2.007 suscripta por esa misma ///funcionaria, la Sra. M., en la que refiere que ante la imposibilidad de conseguir una cuidadora domiciliaria, se propuso a la mamá del beneficiario B. T. que informara de alguna.- Y que “no obteniendo la mamá a ninguna cuidadora”, y habiendo informado además que a fines de Enero/07, ella y sus hijos “se irían a vivir a Esquel”, dejó sin efecto el pedido manifestando que lo reiteraría cuando allí estuviera instalada; y habiéndosele solicitado que lo hiciera por escrito, no lo hizo.- Dicha funcionaria adjunta la Nota N° 009/07 SPD (con membrete del Servicio de Protección de Derechos de Niños, Adolescentes y la Familia de la Secretaría de Acción Social de la Municipalidad de Trelew) suscripta por A. V., Asistente Familiar, en la que constan –a modo de un Informe Socio-ambiental- los antecedentes del grupo familiar conviviente del niño B. T., acciones realizadas por ese Servicio, y un seguimiento periódico de la familia.----------

------ 2.3.4.- En respuesta a la solicitud de aclaración –dadas las contradicciones entre estos informes y los dichos de la actora- requeridas por esta Sala como medida para mejor proveer (Ver

1.7 - Punto 1.3.) ésta expone (a fs. 134 vta./135) que a partir del 24 de octubre de 2006 no fue enviada a su domicilio cuidadora capacitada y destinada al niño.- Se refiere a lo antes descripto, que “la Provincia” no tenía persona para enviarle, que se le solicitó que buscara alguna... pero aduce que no por falta de medios y tiempo, se avino a consultar algunas enfermeras que conocía, sin resultado positivo, pero –justifica- que no puede achacársele la responsabilidad de conseguirla y que no ///radica el problema en su falta de colaboración; añade que en ningún momento desistió del pedido de cuidadora.- A más dice que la posibilidad de trasladarse a la ciudad de Esquel fue planteada no para dejar sin efecto el mismo, sino previendo un cambio de domicilio, pero aclarando que el traslado no era inminente, porque no tenía solucionado el tema de la vivienda, y que durante el tiempo que tuviera que esperar para concretarlo necesitaba contar con la cuidadora para B..- Confirma lo que dijeron las autoridades del PROFE: que debía presentar una nota, pero que deliberadamente no hizo el trámite porque tenía interés en que se le asignara una persona capacitada para el cuidado de su hijo por el tiempo que le restara en Trelew.- Insiste en que el hecho de proyectar mudarse no la hacía desistir.- Acusa que la demandada pretende utilizar este proyecto suyo para justificar su incumplimiento, que califica de manifiesto y palmario.----------
---

------ 2.3.5.- El requerimiento que también para mejor proveer se libró a la Secretaría de Salud (Ver 1.7 – Punto 3.2) y 1.9) – se insiste- no fue respondido.----------
---

------ 2.3.6.- La demandada en el escrito de fs. 114 y vta. argumenta que no se pudo dar cumplimiento a lo ordenado por la falta de colaboración de la madre... remitiendo al Punto 3 de la Contestación de Demanda (en copia a fs. 125/129 de este Incidente) donde manifiesta ///haber citado el 21/11/06 a la actora para informarle que “el programa” no cuenta con cuidadores domiliarios y se alude a lo ya reseñado e informado .- Que por encontrarse todos ocupados, buscara alguno y que el PROFE se haría cargo de abonarle la profesional.- Posteriormente, contestando el traslado de las aclaraciones de la actora de fs. 134/135, se remitirá nuevamente a

estos dichos con reiteraciones.- Agrega que como los contratos a celebrar con un eventual cuidador domiciliario no pueden ser inferiores a seis meses, la accionada se encuentra supeditada al “cambio de planes” que puede realizar la actora, y que pudiendo eventualmente contratar a una persona para que cuide al niño, puede ocurrírsele “no quererle abrir la puerta de su casa como sucedió con la cuidadora asignada anteriormente –A. C., o puede llegar a prescindir de sus servicios a los pocos días de su contratación en virtud de haberse trasladado a otra localidad”.----------

------ 2.3.7.- Atenta la síntesis que precede, debe concluirse en que, si bien es cierto que de algún modo la accionada viene reconociendo el incumplimiento de la cautela en este punto, hay motivos atendibles de excusa derivados del comportamiento de la actora, también reconocidos por ésta.- Si bien hay aspectos en que no hay concordancia (ver 2.3.3- y 2.3.4 sobre el cómo se informa sobre una eventual mudanza a Esquel...) lo cierto es que las alegaciones dadas por los organismos responsables y la Provincia misma resultan atendibles.- Ello no empece a que se insista en la orden dada, expresando clarameante que se deberá proveer al niño hijo de la actora de una cuidadora domiciliaria capacitada, cuya selección y ///contratación debe estar a cargo del Estado Provincial –sin diferirla a la familia del amparado- a cuyo efecto se otorga un nuevo plazo de veinte (20) días hábiles bajo apercibimiento de aplicar las astreintes que se solicitan, si no se cumple o se justifica y acreditan ampliamente las razones del incumplimiento.----------

------ 2.4.- En cuanto a la la efectiva atención preferencial al menor enfermo en todos los servicios del Hospital de Trelew a los que el menor T. deba concurrir, y al cumplimiento del cronograma o plan de trabajo que oportunamente se previó para su tratamiento, o de otro que se elabore por los profesionales que lo deben asistir si se estimara más adecuado para la atención del menor, como se ordenara al tutelar, las constancias arrimadas no son convincentes.----------

------ 2.4.1.-Al respecto, la actora sostiene que no se está cumpliendo el “Plan de Trabajo” previsto por el Hospital Zonal de Trelew (parece aludir a que no se vendría cumpliendo con lo programado en el año 2.005 para llevar a cabo dicho Plan, conforme se notifica a distintas Areas de ese nosocomio).- A fs. 135–al venir a efectuar “sus aclaraciones” (Ver 1.7 Punto 3.3) dice que si bien la atención no ha sido negada, se ve dificultada y obstaculizada por falta de medios de traslado apropiados para B., esto es, de un vehículo que cuente con elementos y personal de auxilio para atender una eventual descompensación.- Y que si la Provincia manifiesta al contestar la ///demanda que el Director del Hospital ha puesto un vehículo a su disposición, nunca fue notificada de esta medida, ni se les ofreció el servicio; y que no se le mencionó de ello en su visita del 10/05/07 a su domicilio, ni se acordó con la madre un control a B. cada mes y medio, como unilateralmente se afirma (se refiere al Informe de fs. 117).----------

------ Así, asevera que los controles pediátricos no pueden hacerse por esa falta de movilidad y asistencia; que la terapia kinesio-respiratoria tampoco se cumple por no llevarse a cabo en forma domiciliaria conforme pidieron los médicos que lo tratan; que se fue discontinuando hasta prescindir por completo de esa atención, por las dificultades que representan para el niño el trasalado, la espera del turno y obstáculos expuestos antes.- Asevera también que B. no ha sido asistido en su domicilio desde el Periférico de su juridicción dos veces por semana (aclaraciones resultado de lo ordenadao para mejor proveer a fs. 134/136).----------

------ 2.4.2.-La Secretaría de Salud sólo contestó en la Nota N° 22/07 (fs. 71 y vta.) respecto a la "atención preferencial/plan de trabajo", que "no obra información en el nivel central" de esa Secretaría sobre este aspecto puntual de la cautela, pero que de la documentación a la que se accedió surge que recibe atención regular en el Hospital de Trelew y que conjuntamente con otras áreas del Estado se han efectuado y concretado gestiones para satisfacer las necesidades del entorno familiar del menor.----------

///--- 2.4.3.- El Hospital de Trelew, de atender las constancias de fs. 79 y 84 y las demás actuaciones acompañadas al Informe del 20 de Febrero de 2.007 (fs. 72/96), extendió un certificado a la Sra. M. F. –actora- en donde se le "otorgaba" atención preferencial (se adjunta copia del mismo a fs. 72), el que reza: "A través de la presenta certificación, se deja constancia que, dadas las condiciones físicas del niño B. T. y teniendo en cuenta el lugar donde residen a su mamá F. M. C.-DNI.. .se le deberá realizar una aención preferencial, otrogándole los turnos que requiera para el niño, en tiempo y forma KINESIOLOGÍA-RADIOLOGÍA-LABORATORIO, etc.").----------

------ En el Informe de fs. 117, del 29 de Mayo (ver 1.6) el Director de ese establecimiento manifiesta haber concurrido al domicilio de la familia T. junto con la Sra. B. E., referente del PROFE.- Sólo se comunican las "modificaciones de estrategia de trabajo para la familia T.", esto

es, que será visitado B. T. una vez por semana por los agentes sanitarios del B° Sarmiento y que ha acordado con su madre que lo llevará a un control cada mes y medio: ella solicitará turno “al PROFE del Hospital” y se coordinará con la ambulancia para el traslado del niño al hospital.- Se establecen otros controles sobre aparatos que no son objeto de la cautela en cuestión.----------
---

///--- A fs. 146/148 obran actuaciones del Hospital de Trelew del año 2.007: se individualiza como “listado de visitas y actividades realizadas por parte de enfermería, médico y agente sanitario al paciente B. T.” –remitida al Director del Hospital Zonal de Trelew por el Jefe Departamento Area Externa de ese nosocomio.- Datan las prestaciones del 4 de Abril al 25 de Abril de 2.007 –según se detalla- realizadas por el Agente Sanitario –un enfermero y el Dr. M. en el domicilio de la familia T. (fs. 147).- Y a fs. 148 –con fecha 26 de Julio de 2.007- un informe de este último médico –con “pase al PROFE” de aquel Jefe de dicha Area- en el que consta haberse efectuado visitas domiciliarias semanales en “Mayo y Junio”.- Se detallan control y evolución de una quemadura del pie del niño, de un cuadro de sobreinfección bacteriana de su aparato respiratorio el 14 de Junio siguiente, de su internación en Julio por un episodio similiar, habiendo solicitado la ambulancia.- Finalmente, que el 25 de ese mes se realiza una nueva visita, pero no se encontraba nadie en el lugar, dándose aviso a una vecina.----------

------ 2.4.4.- Que valorados estos antecedentes, no es posible determinar claramente incumplimiento de la orden cautelar por parte de la Dirección del Hospital de Trelew que sustente la aplicación de las astreintes solicitadas por la actora, y por el contrario puede decirse que existen elementos que acreditan la voluntad de cumplir la medida así ordenada.----------
---

///--- 3.- Que este Tribunal tiene dicho, que las sanciones conminatorias o astreintes se encuentran especialmente previstas en el art. 37 del Código de rito como un medio de compulsión para que las partes cumplan con las resoluciones judiciales, imponiéndolas a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento, previéndose inclusive su aplicación a terceros en los casos en que la ley lo establece, graduándose las condenas en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas.- Asimismo se ha establecido, que de haberse aplicado, podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si el sujeto renuente desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.- A su vez, el art. 666 bis del Código Civil establece que los Jueces podrán imponer en beneficio del titular de un derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieren deberes jurídicos impuestos en una relación judicial, con las mismas connotaciones” (S.I. N° 71/SCA/03).----------

------ Que la imposición de estas conminaciones, no se limita al supuesto de incumplimiento de fallos definitivos, sino de cualquier resolución que estipule un deber de dar, de hacer, o de no hacer, aunque carezca de contenido patrimonial, y siempre que su cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad del obligado (Lino E. PALACIO, “Derecho Procesal Civil”, Tº II pág.

245).- Concordante, compartiendo la opinión de Luis MOISSET DE ESPANÉS este Cuerpo -en anterior composición- ha entendido que ///son aplicables con gran amplitud a cualquier tipo de "deberes" u "obligaciones", siempre que se desobedezca injustificadamente un mandato judicial; que tanto puede tratarse de conductas positivas o abstenciones, de obligaciones de dar, hacer, o no hacer… ("Sanciones Conminatorias o astreintes. Obligaciones a las que son aplicables", LL 1983-D-128)..."cualquier clase de deber jurídico puede ser asegurado en su ejecución por una astreinte, siempre que sea de realización factible" (S.I. N° 54/SRE/96).----------

------ Que la jurisprudencia nacional tiene dicho que las astreintes buscan el cumplimiento in natura de una obligación o más genéricamente de una manda impuesta por sentencia firme; ellas deben constituir un remedio supletorio.- Correlativamente ha de entenderse que "se acuerdan para quebrar la resistencia del condenado, presionándolo psicológicamente, lo que supone que éste se encuentre en situación de poder cumplir… y que no lo haga por propia voluntad" (BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, Obligations, 3ra. ed., v.I, pp 504-505, n° 478; PLANIOL-RIPERT, Tratado práctico, ed. La Habana, v.7, p.26, 2°, n° 791 y 974; JOSSERAND, Derecho Civil, ed. Bosch, 1959, T.II, v.I.,n° 958; REIMUNDÍN y jur. Citada pror MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE en "Códigos Procesales com. y anot." Tº II, pág. 222/223; conf. STCH S.I. N° 71/SCA/03)----------

------ Así, desde que "Las astreintes no importan una condena, sino una amenaza de tal, si el conminado no cumple con lo debido o se ///resiste a hacerlo.- Y si no justifica su proceder, tendrá como sanción el monto de las astreintes que en su momento se fijaron, y en la medida que se establecieron" (CNCiv., Sala E, 21/03/80, LL 1980-C-301; MORELLO-SOSA-BERIZONCE, Cód. Proc. Civil y Com. Bs. As. y de la Nación, com. y anot., Tº II-A , pág. 720).----------

------ Que a su vez, del juego armónico de los arts. 666 bis del C.C. y 37 del ordenamiento procesal surge a su vez que "la sanción pecuniaria compulsiva debe disponerse recién ante el

incumplimiento por el obligado al vencimiento del término que se le acordara" (CNCiv., Sala B, 12/03/70 JA 1970-7-392; ídem Sala D, LL 1980-C-565, n° 35.452-S; MORELLO-SOSA-BERIZONCE, ob.cit.,pág. 721/722).----------

------ 5.- Que de conformidad a las valoraciones dadas en la presente en los acápites 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4, y las conclusiones de los puntos 2.2.5., 2.2.6., 2.3.7. y 2.4.4, procede atender a la solicitud de la actora y aplicar astreintes sólo por el incumplimiento de la manda impuesta en el art. 1 Punto 2 de la S.I. Nº 42/SCA/06, esto es, la que ordena la provisión a B. T. de una silla de ruedas acorde con las indicaciones médicas –las dadas a fs. 161- que mejor atiende las necesidades de su salud.- No obstante, atendiendo a la fecha en que se determinan con precisión las características de la silla de ruedas que se debe proveer según las necesidades del amparado (Ver ///punto 2.2.4), merituando que el obligado es el Estado Provincial, que debe efectuar tramitaciones administrativas para obtenerla (aún en procedimientos de urgencia, que las normas aplicables autorizan) es razonable otorgar una extensión de plazo de cuarenta (40) días hábiles a contar desde la notificación de la presente a la Secretaría de Salud, en tanto de ésta dependen los organismos administrativos del área y sin perjuicio de la intervención del PROFE Nacional, ajeno al pleito en tanto no ha sido llamado al mismo por la Provincia.- Y si vencido el mismo la actora informa que la silla no se ha provisto y el Estado no ha aportado justificación ninguna en el ínterin a este pleito, procederá por simple providencia del Presidente de esta Sala la aplicación de un astreinte de PESOS CINCUENTA ($50) por día de retraso, a contar desde el mismo momento indicado, esto es, la notificación, y hasta su efectivo cumplimiento.----------

------ Así, sin perjuicio de insistir sobre el cumplimiento de las mandas ordenadas en los Puntos 3 y 4 del art.1 de la Sentencia Nº 42/SCA/06, el primero según lo apuntado en el Acápite 2.3.7 de la presente, con idéntico apercibimiento.----------

------ Asimismo ha de prevenirse a la actora, que la cautela otorgada no supone eximirla de las gestiones administrativas directas que procedan para asegurar su cumplimiento, según se presenten las circunstancias de necesidades del amparado.----------

///--- Aún cuando se hace lugar parcialmente al pedido de la actora, las circunstancias apuntadas en orden a los antecedentes descriptos, denotan que la conducta renuente de la Provincia del Chubut obligó a aquélla a la articulación del presente incidente, lo que determina la imposición a esta última de las costas, pues doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que "a pesar de tratarse de incidentes y de controversia en las pretensiones, a los fines de la imposición de costas basta con que la conducta de una de las partes obligue a la otra a una articulación" (CN Com., sala B, julio 15/1976, ED 72-279; CN Civ., sala D, diciembre 13/1979, ED 88-740) - conf. Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, "Costas procesales", pág. 153; conf. S.I. N° 71/SCA/03.----

------ Que de acuerdo a la manda del art. 47 del Dto. Ley 2.200 T.O.-Dto. N° 138/99 procede regular los honorarios de los letrados intervinientes en este incidente: a los Dres. E. R. H. y M. C.

P. en forma conjunta en el 13 % de lo que se les fije oportunamente en el proceso principal (arts. 6, 33 y 47 y conc. Dto. Ley citado), sin que corresponda regulación a los letrados que intervinieron en representación de la Provincia del Chubut de conformidad con el art. 20 Ley N° 5117.----------

---

------ Que por ello, el Superior Tribunal de Justicia ----------

---------- R E S U E L V E: ----------

///--- 1º) HACER LUGAR a la aplicación de sanciones conminatorias solicitadas por la actora por el incumplimiento de lo ordenado en el art. 1, Punto 2 de la S.I. Nº 42/SCA/06, esto es, la que ordena la provisión a B. T. de una silla de ruedas acorde con las indicaciones médicas –las dadas a fs. 161- que mejor atiende las necesidades de su salud.- Las mismas serán ordenadas por Providencia simple de Presidencia, y fijadas en PESOS CINCUENTA ($50) por día de retraso (art. 37 CPCC conc. 666 bis CC), que se computarán desde la notificación de la presente a la Secretaría de Salud y hasta su efectivo cumplimiento, si transcurridos cuarenta (40) días hábiles a contar desde el mismo momento, la actora informa que la silla no se ha provisto y la Provincia demandada no ha aportado justificación ninguna en el ínterin a este pleito, cualquiera fuere el organismo al que la obligada encomiende la gestión, y al margen de la participación de los referentes del Programa Federal de Salud – PROFE- si se estima su intervención.----------

---

------ 2º) DESESTIMAR la solicitud de aplicación de sanciones conminatorias que efectúa la actora respecto del cumplimiento de los Puntos 1, 3 y 4 del art. 1 de la S.I. Nº 42/SCA/06, insistiéndose en el cumplimiento de los dos últimos, bajo apercibimiento de la aplicación del art. 37 CPCC.- Con referencia a la obligación impuesta de proveer de cuidadora domiciliaria capacitada –Punto 2.3.- se establece expresamente, que su selección y contratación estará a cargo de del Estado Provincial –la que no podrá ser diferida a la familia del ///amparado- a cuyo efecto se otorga un

nuevo plazo de veinte (20) días hábiles bajo apercibimiento de aplicar las astreintes que se solicitan, si no se cumple o se justifica y acreditan ampliamente las razones del incumplimiento.----------

------ 3º) Para hacer efectivo el Punto 1 y 2 “in fine”, líbrense Oficios al Sr. Gobernador de la Provincia, la Fiscalía de Estado y la Secretaría de Salud.----------

------ 4º) La cautela otorgada por la S.I. Nº 42/SCA/06, insistida por la presente, no exime a la actora de cumplir con las gestiones administrativas directas que procedan para asegurar su cumplimiento, según se presenten las circunstancias de necesidades del amparado.----

------ 5°) Costas a la demandada (art. 68, 2º párrafo CPCC).----------

------ 6º) REGULAR los honorarios del Dres. E. R. H. y M. C. P. conforme a la labor profesional desarrollada en este incidente en el 13% de los que se les fije oportunamente en el proceso principal (arts. 6, 33 y 47 -Dto. Ley N° 2.200 T.O. Dto. Nº 138/99).----------

------ 7°) REGÍSTRESE y notifíquese.----------

///--- La presente se firma con dos Miembros de la Sala por encontrarse el Sr. Ministro Dr. Daniel Luis Caneo en uso de licencia.-

Fdo. Dres. José Luis Pasutti y Fernando S.L. Royer.

RECIBIDA Y REGISTRADA EN SECRETARÍA EL 26/10/07 BAJO EL N° 82/SCA/07.

Rawson, de de 2007.-

NOTA n° /07 S.I.J.

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar