--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sr. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V., H. E. y otra c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL s/ acción de amparo”** (Expte. N° 148 - año 2011) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿ se ajusta a derecho la disposición recurrida? y, SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 192.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----I.- Promovida acción de amparo reclamando que el Instituto de Seguridad Social y Seguros, en salvaguarda del constitucional derecho a la salud del menor discapacitado E. J. V. C. brinde la cobertura integral de las prestaciones denominadas “apoyo a la integración escolar” y “asistencia terapéutica domiciliaria” cumplidas por la prestataria F. Á. de C., tras la tramitación de rigor la Señora Jueza de primera instancia desestimó la demanda por considerar que tal fundación no era la opción válida para cumplir las prestaciones necesarias al menor.----------

----Apelado ese fallo por la parte actora perdidosa, ésta, en muy apretada síntesis -si el atenerse al principio procesal de economía, en su vertiente de tiempo, es siempre conveniente, ello se vigoriza al máximo cuando de una acción de amparo se trata-, se agravió: a) por la falta de fundamentación legal de la sentencia que la hace caer en arbitrariedad, toda vez que, tras detallar la normativa que asegura al menor las prestaciones requeridas, desestima la acción por supuestas carencias de la fundación prestataria sin dar fundamento legal alguno; b) por el quebranto del principio de congruencia, visto que el objeto de la demanda fue obtener la cobertura integral de prestaciones obligatorias y no la aprobación judicial de un prestador, recordando la recurrente que el derecho a la elección de los prestadores corresponde al beneficiario.--

----II.- En verdad, no detecto la alegada violación del principio de congruencia que nuestra legislación procesal consagra (arts. 16 de la Ley V n° 84, 34 inc. 4° y 165 incs. 4° y 6° del C.P.C.C.). Es exacto que el objeto de la pretensión deducida fue lograr la cobertura total de las prestaciones indicadas, pero no es menos cierto que el actor puntualizó que esas prestaciones eran cumplidas por la F. Á. de C. y que el demandado, sin desconocer el rigor el derecho del menor a dicha cobertura, opuso como defensa la existencia de otra prestadora que ofrecía los mismos servicios por un costo inferior. Así pues, la cuestión del prestador formó parte del debate y debía la sentenciante decidirla (art. 165 incs. 3°, 4° y 6° cód. cit.). Recuérdese que la congruencia consiste en la adecuada relación entre dos términos: de un lado, la sentencia y, del otro, el objeto procesal en sentido riguroso, esto es la pretensión deducida, pero no ella sola, sino con más la oposición planteada a la misma en cuanto la delimita o acota (confr.: Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed.,ed. I.E.P., Madrid

1969, I-517; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., L.E.P., La Plata 1982, I-117; esta alzada, c. 12.859 S.D.C. 25/98, c. 16.494 S.D.C. 45/00, c. 535/10 S.D.L. 52/10, c. 38/11 S.D.C. 5/11, entre muchas).----------

----III.- Sí en cambio resulta notoria la ausencia de fundamentación legal del fallo, contraviniendo con ello la norma del art. 165 inc. 5° C.P.C.C. Es que la juzgadora, pese a describir el marco normativo sustentador de la pretensión de cobertura de las prestaciones, terminó desestimando la reclamación por considerar que la prestadora F. Á. de C. no era en el caso una opción válida para brindar el servicio, mas sin cimentar esta última decisión en precepto alguno que la sustentara.----

----IV.- En esta especie el derecho del menor discapacitado a obtener la cobertura integral de las prestaciones reclamadas resulta inobjetable.----------

----En el ámbito provincial, la Ley I n° 207 (ex Ley 4.542) instituyó un sistema de protección integral de las personas afectadas por el síndrome autístico, obligándose el Estado Provincial a brindar a los afectados, entre otras prestaciones, asistencia domiciliaria y proceso educativo y formativo impartido en forma personalizada (arts. 1° y 5° inc. “a” apdo. 5 e inc. “b” apdo. 2). En coincidencia con esas disposiciones, el sistema provincial de protección integral a las personas con discapacidad organizado por la Ley I n° 296 (antes Ley 5.413) asegura que se prestará a esas personas, al margen de otros, los servicios de rehabilitación integral -entendida como desarrollo de las capacidades- y escolarización en las condiciones necesarias de acuerdo al grado de discapacidad (arts. 1° y 4° incs. 1 y 3), estableciendo el mentado ordenamiento legal que el aquí demandado Instituto de Seguridad Social y Seguros, así como las demás obras sociales, “garantizarán en forma gratuita las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante” (art. 16).----------

----No menos clara y terminante es la normativa nacional que instituyera el sistema de prestaciones básicas de atención integral a las personas con discapacidad. “Las obras sociales...tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas”, reza el art. 2° de la Ley 24.901, añadiendo el art. 11 del mismo cuerpo legal que “las personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados al efecto, a acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal... y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas”.----------

----Digno de destacar es que nuestra Provincia del Chubut se incorporó gradualmente a ese sistema único a través del convenio aprobado por la Ley XVIII n° 36 (ex Ley 4.509). Luego, el Dec. Prov. n° 94/07, del 6/2/07, reglamentario de la ex Ley 5.413, estableció en su art. 4 que el Instituto de Seguridad Social y Seguros y las obras sociales serán

co-responsables con el Estado en brindar a sus afiliados las prestaciones enunciadas en la Ley Nacional 24.901 y la Provincial 4.509. ----------

----Ante la meridiana claridad de los preceptos, vista la certificación de discapacidad del interesado obrante a fs. 5 -que es el previsto en el art. 10 de la Ley 24.901-, su afiliación a S. y la correspondencia de las prestaciones cuya cobertura se solicita con las previstas en los arts. 16 y 17 de la Ley 24.901, no es en absoluto dudoso su derecho a obtenerlas. En verdad, ni el propio ente demandado, lo reitero, desconoció el tal derecho, sino que se limitó a cuestionar a la prestadora de los servicios por el alto costo en que fijaba los mismos. Es aquí donde encuentro el fallo atacado infundado en derecho y errado en la decisión.----------

----V.- La idoneidad de la F. Á. de C. para proveer las prestaciones no puede ser puesta entredicho sobre la base de las especialidades que posee o no posee su personal integrante, cual hizo la juzgadora de origen. Dicha fundación cuenta con habilitación para ese fin otorgada por la Secretaría de Salud de la Provincia (fs. 14) y se halla inscripta en el R. N. de P. (fs. 15). No parece que seamos los jueces los llamados a enmendar la plana a la autoridad de aplicación en cuestión que atañe al mérito del acto administrativo de habilitación y, por ende, no justiciable.----------

----Por otro lado, la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios es el sistema promovido en nuestra legislación (art. 25 de la Ley 23.661). No se me escapa que tal libertad puede ser condicionada cuando el prestador seleccionado por el interesado no se cuenta entre los inscriptos en la obra social, que tiene en cambio otro u otros que ofertan similar servicio por un costo menor. Tampoco paso por alto que sobre el beneficiario que pretende un prestatario de excepción pesa la carga de probar la excelencia del servicio de éste, superior a la de aquellos que tienen convenio con la obra social, y la necesidad propia de tal servicio eminente (art. 381 C.P.C.C., su doc.). Mas no es esa la situación de autos.----------

----Que el interesado haya de soportar, como imperativo en el propio interés, la carga de acreditar la necesidad suya de recibir los servicios de parte de un prestador en especial, distinto de aquel con que la obra social cuenta, es circunstancia sometida a un “prius” lógico: que la obra social alegue y pruebe por su parte el contar con un prestador suyo y, si lo invocó en su favor -como en el caso aconteció-, que éste suministra igual o similares prestaciones a un costo inferior al seleccionado por el beneficiario. ----------

----En la especie el instituto demandado alegó esas circunstancias fácticas (fs. 54/vta.), pero finalmente no produjo la probanza que acreditaría la veracidad de dichas manifestaciones, toda vez que el oficio a la Asociación A. que ofertara a fs. 55 “in fine”/vta. no fue respondido por la entidad, sin que la parte solicitara su reiteración, incurriendo entonces en caducidad de la prueba (art. 406 C.P.C.C.). No puede tenerse entonces por acertado en el proceso que el demandado contara con un prestador de mejores condiciones y tal circunstancia ha de pesar en desmedro del demandado por

aquello de que “la carga de la prueba no es sino la repartición del riesgo de la falta de prueba” (Carnelutti, “Lezioni...”, ed. 1933, II-346). ----------

----Esta conclusión acerca de la inexistencia de otro prestador idóneo para brindar el servicio distinto del que sirve al menor es en la especie apontocada además por el dictamen médico pericial. Allí el experto, tras resaltar que todas las escuelas psicopatológicas son concordantes en la necesidad de una asistencia multidisciplinaria -lo que coincide con el art. 11 de la Ley 24.901-, manifestó ignorar si hay en la Provincia instituciones que puedan llevar a cabo el tratamiento global (fs. 140, párr. 3° y 141, pto. 3). Ha sido esa entonces una prueba inocua, fracasada en su finalidad de “crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de hechos de importancia para el proceso” (Chiovenda, “Principios...”, ed. Reus 1941, II-280, nº 59), cual lo era en el caso el establecer la presencia en la zona de otro prestador idóneo. ----------

----Súmese a ello que el mismo perito puso de resalto el excelente y promisorio resultado arrojado por el tratamiento hasta ahora aplicado en cuanto al trabajo permanente de un acompañante pedagógico (fs. 140, últ. párr.). Cierto es que señaló el experto la existencia en el Chubut de suficiente complejidad de saberes y profesionales médicos, psicólogos, psicopedagogos y de acompañantes pedagógicos que pueden desempeñar y llevar adelante el tratamiento (fs. 141, pto. 2), pero a la par del dictamen surge que ese conjunto de profesionales, por no formar un equipo constituido, precisarían de los adultos a cargo del menor para establecer la mayor interrelación y comunicación entre ellos a fin de, supletoriamente, lograr un amplio grado de atención interdisciplinaria (fs. 140, párr. 3°). No creo que los esfuerzos de los parientes del discapacitado -legos, desde luego- por interrelacionar a los distintos profesionales tratantes logren suplir con eficiencia la falta de un auténtico equipo interdisciplinario; más parece una solución de emergencia, cuyo éxito quedaría librado al acaso. En este aspecto la opinión del perito no convence. ----------

----Y no se invoque la inconveniencia de parcializar el dictamen aceptándolo como convincente en partes y descartándolo en otras, porque ninguna disposición legal consagra la indivisibilidad de la prueba pericial y es en cambio doctrina pacífica la de que el magistrado puede aceptar la opinión pericial en la porción que ella produzca convicción y desestimarla en aquella parte en que carezca de tal fuerza convictiva (confr.: Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., Zavalía 1981, II-350, nº 260, “f”, con oportuna cita y transcripción de Lessona). ----------

----Si necesarias las prestaciones referidas, exitosas las brindadas por la F. Á. de C. y prevista en la ley su cobertura obligatoria, integral y gratuita, manifiestamente arbitraria e ilegal aparece la negativa del demandado a dar tal cobertura y desde que la misma lesiona los constitucionales derechos a la salud y a la protección del discapacitado, el

amparo resulta procedente (arts.18 inc. 2, 30 y 54 de la Const. Prov. y 3 de la Ley V n°84). ----------

----VI.- Por tales fundamentos propongo la íntegra revocación de la sentencia impugnada, acordando el amparo impetrado por el menor E. J. V. C., representado por sus padres, contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, ordenando a éste dé inmediata e integral cobertura de las prestaciones denominadas “apoyo a la integración escolar” y “asistencia terapéutica domiciliaria” brindadas al discapacitado por la F. Á. de C. , en la extensión y frecuencia temporales requeridas en autos, librándose a ese fin mandamiento de ejecución en los términos de art. 10 de la Ley V n°84. ----------

----Las costas de ambas instancias deberán imponerse al demandado vencido en ellas (arts. 17 de la Ley V n°84 y 282 C.P.C.C.). ----------

----Por ajuste a esta nueva decisión, han de adecuarse los honorarios regulados en la anterior instancia, fijando los de los Dres. R. L., G. G. y L. R. F., vista la extensión, calidad y resultado de sus labores, en las sumas respectivas de $ 5.000, de $ 2.000 y de $2.000 (arts. 5, 9 y 35 de la Ley XIII n° 4). ----------

----Los honorarios de los Dres. R. L. y L. A. S., por sus tareas de alzada y atendiendo a iguales pautas arancelarias, así como a la establecida por el art. 13 de la ley citada, propongo regularlos en la suma de $ 525 para cada uno de ellos.-----

----Consecuentemente, me expido en esta cuestión por la NEGATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

----Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. V. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.-

----Ingresando al tratamiento de la primera cuestión traída a decisión en esta instancia, atinente a la alegada violación del principio de congruencia, debo decir liminarmente que no encuentro que la sentencia atacada porte tal déficit. ----------

----Podrá tener otros, pero no encuentro en ella la violación del principio de congruencia, si por tal se entiende el principio receptado por los arts. 16 de la Ley V n° 84, 34 inc. 4° y 165 incs. 4° y 6°, Ley XIII, Nro. 5), el que la sentencia de grado no afecta.----------

----Me explicaré. El principio de congruencia trasunta el marco de posibilidades decisorias del Juez en la sentencia, conforme ha quedado trabada la litis, vedando por ende al órgano jurisdiccional reconocer a ninguna de las partes lo que no ha sido solicitado, así como algo más o distinto (art. 18 de la Const. Nacional; arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del CPCC). Debe existir correspondencia perfecta sobre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que temporánea y formalmente se le pide, o sea sobre todas las demandas sometidas a su examen y sólo sobre éstas, y debe dictar el fallo

basándose en los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (Cám. Civ. Com. 1ª La Plata, Sala 2ª, 14/9/1999, “Acuña, Juan c/ Hristoff, Diego s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B152253).----------

----En el proceso dispositivo son las partes la que tienen que describir los hechos, demarcar los ítems. motivo de la acción aplicándose el brocardio latino "iudex incidet secundum allegata et probata partium". El magistrado por regla no puede suplir las deficiencias de los que ponen en marcha la pretensión (art. 163 inc. 4° del CPCC) porque la publicización del derecho procesal no ha alcanzado un grado tal como para llegar a tales límites, ello sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 163 inc. 6° último apartádo y 363 del Código Procesal Civil y Comercial. El petitum debe ser claro y concreto, no pudiendo dejar duda alguna con respecto al factum descripto y al contenido de la pretensión, porque está en juego lo que en el campo doctrinario ha dado en llamarse la teoría de la individualización, donde es suficiente con definir la relación procesal (Cám. Civ. Com. 1ª La Plata, Sala 2ª, 23/5/2000, “Cabrera, Clelia c/ Rivero, Marcelo s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B152252).----------

----Al órgano jurisdiccional le está vedado reconocer a ninguna de las partes lo que no ha sido solicitado, así como algo más distinto (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del C.P.C.C.). El principio de congruencia significa que, como regla general, debe existir correspondencia perfecta sobre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección el juez debe pronunciarse sobre todo lo que temporánea y formalmente se le pide, o sea sobre todas las demandas sometidas a su exámen y sólo sobre éstas, y debe dictar el fallo basándose en los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (Cám. Civ. Com. 1ª La Plata, Sala 2ª, 23/5/2000, “Cabrera, Clelia c/ Rivero, Marcelo s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B152333).----------

----En resguardo al principio de congruencia y seguridad en el desenvolvimiento procesal, la litis no puede trabarse en base a términos medios o sobreentendidos o alegaciones equívocas (Cám. Civ. Com. 1ª La Plata, Sala 2ª, 21/11/1996, “Daniel Justo c/ Prov. de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B151863).----------

----La facultad de los Jueces de esclarecer los hechos debatidos no puede ser renunciada cuando su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable, pues de lo contrario la sentencia no sería la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino la frustración ritual de la aplicación del derecho y la posibilidad objetiva de averiguar la verdad de los hechos no se cuestiona cuando ellos aparecen como decisivos o siquiera importantes en la justa decisión de la causa de allí que el Magistrado pueda por ejemplo no lesionar el principio de congruencia al abordar oficiosamente la legitimación, desde

que esta constituye un requisito esencial de la acción (Cám. Civ. Com. 1ª La Plata, Sala 2ª, 30/11/2000, “Contín de Rodríguez c/ Mc Sur S.A. s/ Escrituración”, en Juba sum. B152398).----------

----A poco que se repasen los criterios jurisprudenciales anteriores sobre la esencia y radio de giro del principio de congruencia y se mire el desarrollo de esta litis y los escritos liminares de autos, surge claro que la decisión atinente al prestador del servicio reclamado por la parte actora integró el núcleo sub discussio y fue tema del debate, debiendo el mismo ser decidido por la a quo, conforme lo dispuesto en el art. 165 incs. 3°, 4° y 6° Ley XIII, Nro. 5).----------

----Ello así, no se aprecia la violación del principio de congruencia que denuncia la apelante, pues la a quo se ha expedido sobre un tópico que estaba incluido dentro del thema decidendum.----------

----Despejado este primer interrogante en sentido negativo debe analizarse si el decisorio de grado adolece de motivación insuficiente, como afirma la apelante.----------

--- Y, en ese rumbo, cabe aseverar que en efecto es manifiesta la falta de fundamentación idónea y suficiente del pronunciamiento de grado, vulnerando éste la manda del art. 165 inc. 5° Ley XIII, Nro. 5.----------

----Ocurre que la a quo, luego de referir el encuadre normativo a cuya luz debe analizarse la pretensión actora, procede sin solución de continuidad a rechazar ésta, considerando que la prestadora F. Á. de C. no constituía en el caso una opción válida para brindar el servicio, pero sin sentar las bases suficientes, objetivas y verificables que sustentaran tal conclusión, con lo que la misma ha sido edificada sobre terreno no firme.----------

----Ya la falta de motivación suficiente constituye un serio vicio de la sentencia en crisis, pues como lo ha puesto de resalto esta Sala en anteriores pronunciamientos el requisito de la motivación de los actos judiciales y administrativos tiene por finalidad trasladar de manera sucinta al conocimiento del interesado los fundamentos de hecho y derecho de la decisión estatal para darle la oportunidad de aceptarlos o combatirlos en los recursos pertinentes. La justificación objetiva de todo juicio de valoración o estimación de hechos o datos es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto, congruente y adecuado ejercicio de las facultades jurisdiccionales (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 27/07/2010, “R. Y., L. M. c/ A. S. D. T. D. A. S.A y T. D. A. S.A. S / Denuncia Ley de Defensa del Consumidor”, Expediente: 235/2010, con voto sustancial de mi autoría; ídem, 21/10/2008, "DIRECCION GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y PROTECCION DE DERECHOS c/ C. INC. S/ Inspección de Oficio Ley 24.240" (Expte. Nº 16 - año: 2008), con primer voto de mi autoría y segundo del Dr. Carlos Dante Ferrari); en similar sentido, Tribunal Supremo de España, Sala 4ª, 9/6/83, ponente: Sr. Díaz Eímil, RAJ 1983, 3497).----------

----La motivación de los actos jurisdiccionales o administrativos tiene como fundamento proteger al justiciable o al administrado contra el arbitrio de los poderes públicos, aportándole las razones en que sus decisiones se basan, a fin de que pueda, con conocimiento de causa, impugnarlas si así lo cree oportuno. Hacer constar los fundamentos en virtud de los que se dicta un decisorio judicial por el que se deniega una petición formulada por un justiciable, no sólo es deber de cortesía hacia él, sino el medio que le posibilita criticar las bases en que tal acto se apoye, permitiendo a los Tribunales de alzada llevar a cabo el control de su legalidad y de su adecuación a los fines que justifiquen su contenido, que es al que han de ajustarse tales actos (en este sentido cfr. sentencia de esta Sala del 27/07/2010, in re “R. Y., L. M. c/ A. S. D. T. D. A. S.A y T. D. A. S.A. S / Denuncia Ley de Defensa del Consumidor”, Expediente: 235/2010, con voto sustancial de mi autoría e ídem, 21/10/2008, "DIRECCION GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y PROTECCION DE DERECHOS c/ C. INC. S/ Inspección de Oficio Ley 24.240" (Expte. Nº 16 - año: 2008), con primer voto de mi autoría y segundo del Dr. Carlos Dante Ferrari) y sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, Secc. 2ª, 20/4/89, ponente: Sr. Sánchez-Andrade y Sal, La Ley (España) t. 1989-3, p. 379).----------

----La motivación del acto cumple diferentes funciones, ante todo, y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad del órgano estatal; pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto- no es sólo una cortesía, sino que constituye una garantía para el justiciable, que podrá así impugnar, en su caso, el decisorio con posibilidad de criticar las bases en que funda; además, y en último término, la motivación facilita el control jurisdiccional de las instancias superiores (Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, Secc. 1ª, 18/4/90, ponente: Sr. Delgado Barrio, LA LEY (Esp.), t. 1990-3, p. 666 (12917-R); ídem, 13/7/91, ponente: Sr. Delgado Barrio, Archivo La Ley, 1991, 11643).----------

----La motivación de los actos jurisdiccionales es decir, los motivos de hecho y de derecho del acto, puede ser sucinta, pero debe ser suficiente, de suerte de explicitar las razones esenciales o fundamentales del proceso o iter lógico y jurídico seguido por quien decidiera la cuestión y que lo llevaran a tomar la determinación que tomara sobre el asunto sub discussio. De todo lo expuesto se concluye sin dificultad que el verdadero sentido y alcance de la motivación de un acto, es el de ser expresión formal de los factores determinantes de la decisión adoptada, por lo que la falta de motivación o su insuficiencia constituye en nuestro ordenamiento jurídico un defecto que trasciende la órbita de lo formal y afecta la legalidad y validez de fondo del acto (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 27/07/2010, “R. Y., L. M. c/ A. S. D. T. D. A. S.A y T. D. A. S.A. S / Denuncia Ley de Defensa del Consumidor”, Expediente: 235/2010, con voto sustancial de mi autoría; ídem, 21/10/2008, "DIRECCION GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Y PROTECCION DE DERECHOS c/ C. INC. S/ Inspección de Oficio Ley 24.240" (Expte. Nº 16 - año: 2008), con primer voto de mi autoría y segundo del Dr. Carlos Dante Ferrari).----------Ya con ello bastaría para derribar el acto jurisdiccional de grado pero, además, sustancialmente en autos resulta indudable a tenor del marco legislativo y jurisprudencial vigente el derecho del menor accionante a través de sus representantes de lograr la cobertura integral de las prestaciones reclamadas.----------

---Bien ha puntualizado el Dr. Velázquez en su voto que la Ley I n° 207 (ex Ley 4.542) estableció un sistema de protección integral de las personas afectadas por el síndrome autístico, obligándose el Estado Provincial a brindar a los afectados, entre otras prestaciones, asistencia domiciliaria y proceso educativo y formativo impartido en forma personalizada (cfr. arts. 1° y 5° inc. "a" apdo. 5 e inc. "b" apdo. 2 de dicha norma).--------

----Además, el sistema provincial de protección integral a las personas con discapacidad contemplado en la Ley I n° 296 establece que se prestará a esas personas, al margen de otros, los servicios de rehabilitación integral y escolarización en las condiciones necesarias de acuerdo al grado de discapacidad (cfr. arts. 1° y 4° incs. 1 y 3 de tal norma). Ese sistema dispone que las obras sociales, entre ellas el Instituto de Seguridad Social y Seguros demandado de autos, así como las demás obras sociales, "garantizarán en forma gratuita las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante" (cfr. art. 16 Ley I, Nro. 296).--

----Por su parte, la ley nacional 24901 establece que “Institúyese por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.----------

----Y su art. 2 dispone que “Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1 de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas”.----

----Los arts. 14 y siguientes de la ley 24901 establecen las prestaciones a cuya cobertura tienen derecho los discapacidades, entre las que se encuentran las pretendidas por la parte actora.----------

--- Con esa normativa basta para advertir que el amparista tenía derecho a la prestación que solicita; podría sumarse a ella otros desarrollos sobre la normativa nacional, pero razones de brevedad aconsejan omitir su consideración, máxime cuando el juez de primer voto ya se ha ocupado de ella y ésta robustece lo establecido por la legislación provincial, de por sí clara.----------

----Sí cabe resaltar que por Ley provincial 4509 se aprobó en todos sus términos el Convenio suscripto entre el Directorio del Sistema Unico de Prestaciones Básicas para

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

Personas con Discapacidad y el Gobierno de la Provincia del Chubut, el que tuviera por objeto la incorporación gradual de la Provincia a tal Sistema nacional.----------

----No puede soslayarse tampoco que el Decreto Provincial N° 94/07, del 6/2/07 estableció que el Instituto de Seguridad Social y Seguros y las obras sociales serán corresponsables con el Estado de brindar a sus afiliados las prestaciones enunciadas en la Ley Nacional 24.901 y la Provincial 4.509 (cfr. art. 4, Decreto citado).----------

----La claridad de las normas aplicables al caso hace que ante la certificación de discapacidad del interesado, glosada a fs 5 de autos, la afiliación a S. del menor y la correspondencia de las prestaciones cuya cobertura se solicita con las establecidas en los arts. 16 y 17, Ley 24.901, torna acogible la pretensión liminar de autos.----------

---

----Ello, al punto de que el Instituto accionado no negó el derecho del menor a la cobertura pretendida, limitándose a impugnar la prestadora elegida en base al alto costo de los servicios prestados. Ello torna al fallo en crisis equivocado y carente de fundamentos bastantes.----------

--- Sentado lo anterior, cuadra poner de resalto que tampoco podía cuestionarse la idoneidad de la F. Á. de C. para proveer las prestaciones, de acuerdo a las características e incumbencias de su personal, como se realizó en el grado, sobre la base casi de intuiciones.----------

----La citada Fundación está habilitada por la Secretaría de Salud de la Provincia (cfr. fs. 14) y se halla también anotada en el Registro Nacional de Prestadores (cfr. fs. 15), con lo que no cabe dudar de su incumbencia en materia de prácticas como las que se reclaman en autos.----------

----Contando con tales habilitaciones administrativas, la cuestión de su idoneidad en esta materia no puede ser cuestionada sobre la base de dogmatismos y sin contar con certificaciones administrativas o pruebas claras que muestren la inconveniencia de que el menor sea atendido por ella, extremos de hecho que no se han probado en autos.-----

----No cabe soslayar tampoco que la libre elección del prestador por parte de los beneficiarios es una facultad reconocida por el art. 25 de la Ley 23.661 en casos como este.----------

----Además, el Tribunal Supremo de España en una cuestión en que un menor lesionado en un ojo había sido atendido en el prestigioso Centro Barraquer de Barcelona, se pronunció en un asunto en que se debatía si el asunto ameritaba el tratamiento en un sanatorio de ese prestigio y complejidad.----------

----En esa causa resolvió el Tribunal Supremo que el derecho de los familiares del niño “de darle el que consideraban el mejor tratamiento médico no puede ser mediatizada por nadie y menos por quien resulta responsable del daño, ya que el perjudicado puede escoger el centro sanitario que más garantía le ofrezca en orden a recuperar la

funcionalidad del órgano lesionado, y a ello sólo puede oponerse quien debe indemnizar, demostrando que el tratamiento médico o quirúrgico empleado no fue el adecuado o que el precio o importe a que asciende el mismo fue desorbitado" (TS España, Sala 3ª, 20/10/98, publicado en RJ 1998, 8844).----------

----Con mayor razón no puede escamotearse a los representantes del niño el ejercicio de la facultad de elegir que les concede la normativa nacional aplicable en la materia. Claro que se presume la razonabilidad y proporción del tratamiento elegido, debiendo quien debe costearlo, si desea exonerarse parcialmente de su pago, demostrar que tales gastos son excesivos o irrazonables o que no se justifican directamente.----------

----Sólo luego de dicha prueba el responsable de su pago, podrá ser parcial o totalmente liberado del pago, en la medida del exceso o la desproporción del gasto.------

----Si es fundamental aquí resaltar que la extensión de tales gastos no puede ser ilimitada o irrazonable. Cuando se infringe tal regla, realizando un reclamo de cobertura desproporcionado o irrazonable, la desproporción lleva en sí el germen de su propio fracaso, pues condiciona la suerte de la reparación en la medida del exceso (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J.- TRIGO REPRESAS, Félix A., "Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 73).----------

----De tal modo, el beneficiario interesado en recibir determinada prestación, carga con la prueba de la necesidad de ella; una vez acreditada la necesidad, lo que en autos se ha cumplido, el beneficio puede proponer un prestador, conforme le reconoce el derecho la legislación nacional, debiendo el ente que debe costear el servicio probar que el costo del mismo es desproporcionado o irrazonable para eximirse total o parcialmente de su coste.----------

----Tal prueba de descargo no ha sido presentada en autos. Y dada la falta de otras opciones admisibles en el caso de este menor, y habiéndose acreditado el buen servicio que la prestadora elegida presta al menor, no cabe otra solución por el momento al menos y en tanto la situación no cambie que acoger el reclamo motorizado en este amparo.----------

----En el caso que nos convoca el ente accionado no produjo prueba sobre las circunstancias obstativas que alegara (cfr. fs. 54/vta.), con lo que la pertinencia y admisibilidad de sus defensas ha quedado desprovista de objetividad y andamiento.-----

----La libertad de elegir exige, además de un ejercicio responsable, la existencia de opciones entre las cuales elegir. Quien carece de opciones admisibles no es libre de elegir. Y en el caso que nos convoca, no se ha demostrado la existencia de otro prestador de los servicios de salud requeridos por el menor en condiciones al menos iguales –y de menor precio- que las que presta la Fundación referida supra; tal carencia probatoria no hace sino robustecer la posición de la actora, pues no cabe admitir el cuestionamiento de su elección, cuando no se ha demostrado que existieran otras opciones de donde elegir.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

----Por otra parte, la inexistencia de otro prestador apto para suministrar los servicios no es una conjetura ni surge solo del incumplimiento de la carga de la prueba de un hecho alegado por la accionada, sino que –además- tal extremo de hecho se acredita por medio del informe del perito médico actuante.----------

----En tal experticia afirma el perito ignorar si hay en la Provincia instituciones que puedan llevar a cabo un tratamiento global como el requerido por el menor en este caso (cfr. fs. 140 y 141).----------

----Si el propio perito actuante, en esencia, un profesional en la materia que debe informar al juez de aspectos ajenos a su ciencia no puede afirmar que existan otras opciones, como puede admitirse la existencia de ellas.----------

----Si ello se pone en línea con otro segmento de la experticia referida, que apontoca el excelente y promisorio resultado que muestra el tratamiento hasta ahora aplicado al menor en lo tocante al trabajo permanente de un acompañante pedagógico (cfr. fs. 140 último párrafo), no es dudoso que no existe ningún buen motivo para denegar a los peticionarios el cumplimiento de su pretensión.----------

----No cabe soslayar sin duda que el perito afirmó que en la Provincia del Chubut existen profesionales médicos, psicólogos, psicopedagogos y acompañantes pedagógicos que pueden desempeñar y llevar adelante el tratamiento requerido por el menor (cfr. fs. 141). Sin embargo, tales profesionales constituirían un ensamble heterogéneo que no forma un equipo constituido, lo que dificultaría la adopción de criterios comunes, de la necesaria coordinación de los diversos servicios, lo que implicaría someter al menor a una especie de prueba, que su delicada situación muestra como inconveniente.----------

----No parece prudente innovar en esta materia sometiendo al menor a situaciones que pueden ser contraproducentes y que llevan ínsita un cierto y no desdeñable grado de azar o de inseguridad.----------

----Por otra parte, si el perito afirma el excelente y promisorio resultado que muestra el tratamiento hasta ahora aplicado al menor en lo tocante al trabajo permanente de un acompañante pedagógico (cfr. fs. 140 último párrafo), para cambiar el mismo por otro, la solución que implique tal cambio debe ser al menos inocua para el menor, si no superadora de la aplicada hasta allí, Y no parece que la propuesta de múltiples prestadores desconectados entres sí aparezca no ya como conveniente, sino como siquiera admisible en un caso de los perfiles del que se analiza.----------

----El recurrir a un segmento del dictamen y no a otra parte que propone soluciones cuya lógica no se alcanza a advertir no implica un proceder judicial irrazonable, pues el examen de logicidad y razonabilidad de la experticia es un cometido esencial de la función judicial, como lo es velar por el mantenimiento de la propia incumbencia.----------

----En un voto mío he dejado sentado que la función del perito es la de auxiliar al juez.

iluminando su juicio en materias ajenas a su conocimiento y propias de la incumbencia del experto consultado. Por ende, la función pericial se agota en la determinación de los aspectos científicos –propios de su incumbencia- involucrados en la disputa sub lite y el encasillamiento de los hechos debatidos en la liza en las reglas y leyes de la ciencia de que se trate (cfr. Cám. Apels. Trelew, Sala A, 10/02/2009, in re “N., J. O. c/ L., C. J. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.052 – año 2007).----------

----------Dije también allí que el encasillamiento jurídico de los hechos o aspectos científicos determinados por el perito escapa a la función pericial, al ser una labor propia del juzgador e indelegablemente suya.---------- ----De tal modo, el experto reúne las características de "asesor", "colaborador" y hasta consejero del juez, por lo que el peritaje es un elemento de juicio de vital importancia para él, pues se trata de temas complejos y específicos respecto de cuestiones de hecho en las cuales hasta los propios especialistas discrepan, más ella debe ser apreciada en función de la competencia de los peritos, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los letrados, conforme los arts. 473 y 474 CPCCN. como así otro cualquier elemento de convicción que la causa ofrezca" (conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, causa 7933 del 2/7/1991). En consecuencia, es al juez a quien en definitiva le corresponde tasar la peritación y es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos” (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 21/03/2005 -VALLEJOS, CATALINA B. v. ESTADO NACIONAL s/ ACCIDENTE EN EL ÁMBITO MILITAR Y FUERZAS DE SEGURIDAD”, en AbeledoPerrot online y Cám. Apels. Trelew, Sala A, 10/02/2009, in re “N., J. O. c/ L., C. J. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.052 – año 2007).----------

---

--- Cuando el perito avanza en la propuesta de una opción que no es tal sino la toma de un singular riesgo para el menor, está invadiendo un terreno que no es suyo y que trasciende el de la evaluación médico- psiquiátrica del menor, que es la faena que se le confiara. Ergo, ese segmento de la experticia resulta libremente desechable por el juez.

--- Y si ello es así, si el peritaje ha declarado necesarias a las prestaciones reclamadas por la actora, han llamado exitosos a los servicios brindados al menor por la F. Á. de C. y se halla contemplada en la ley la cobertura de ellas con carácter de obligatoria, integral y gratuita, resulta de dudosa regularidad la desestimación por parte de la demandada de la solicitud de cobertura de tales prestaciones. Ello así, siendo arbitraria e ilegal la negativa del demandado a dar tal cobertura, siendo tal arbitrariedad de carácter manifiesto, al vulnerar garantías constitucionales de grada superlativa como el derechos a la salud ya la protección del discapacitado, la pretensión actora encauzada en el amparo debatido en autos se evidencia de tal modo procedente, lo que así debe declararse en esta instancia (cfr. arts. 18 inc. 2, 30 y 54 de la Const. Prov. y 3 de la Ley V Nº 84).----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

--- La sentencia de grado, incompatible con el resultado a que se arriba en esta sede, debe ser derribada, dejándosela sin efecto y haciendo lugar a la pretensión actora, en tutela de los derechos del menor.----------

--- Ello no quita que, si en un futuro, se probara la existencia de otros prestadores mejores o iguales pero más económicos que la Fundación referida supra, pueda reverse lo aquí resuelto, pues estas decisiones tomadas en el marco de un proceso que no se caracteriza por la amplitud de su debate y marcadas por una clara finalidad cautelar, puedan ser revisadas a futuro, si las circunstancias que motorizaron la decisión cambian o aparecen probanzas no arrimadas antes.----------

----Por las razones expuestas, habré de acompañar la propuesta del Dr. Velázquez de revocar el decisorio impugnado en su totalidad, para proceder al acogimiento de la acción de amparo promovida en autos por los representantes legales del menor E. J. V. C., en contra del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut; en consecuencia, corresponde establecer que la demandada deberá dar inmediata e integral cobertura de las prestaciones denominadas "apoyo a la integración escolar" y "asistencia terapéutica domiciliaria" brindadas al discapacitado por la F. Á. de C., prestaciones que se suministrarán con la extensión y frecuencia temporales requeridas en autos, para cuya efectivización deberá librarse mandamiento de ejecución en los términos de art. 10 de la Ley V Nº 84.----------En lo tocante a las costas de las dos instancias, ellas se impondrán a la demandada vencida en ambas (arts. 17 de la Ley V Nº 84 y 282, Ley XIII, Nro. 5.).----------

----Como consecuencia del nuevo resultado del pleito dispuesto en esta sede, corresponde adecuar la regulación de estipendios profesionales practicada en el grado, motivo por el cual corresponde determinar que los profesionales actuantes en la instancia anterior, habrán de ser recompensarlos con los siguientes emolumentos: para la Dra. R. L., letrada de la actora, la suma de pesos cinco mil ($ 5.000) y para los Dres. G. G. y L. R. F., letrados de la demandada, la suma de pesos dos mil para cada uno de ellos ($ 2.000 para cada uno); tales montos se corresponden con la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la instancia inferior (arts. 5, 9 y 35 de la Ley XIII n° 4).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos de las tareas desempeñadas en la alzada por los Dres. R. L. y L. A. S., en la suma de pesos quinientos veinticinco para cada uno de ellos ($ 525 para cada uno), determinaciones arancelarias que se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4). --

----Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Frente al acuerdo antes alcanzado, corresponde: ----------

----A) Revocar totalmente la sentencia apelada para acordar el amparo impetrado por el menor E. J. V. C., representado por sus padres, contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, ordenando a éste dé inmediata e integral cobertura de las prestaciones denominadas “apoyo a la integración escolar” y “asistencia terapéutica domiciliaria” brindadas al discapacitado por la F. Á. de C. , en la extensión y frecuencia temporales requeridas en autos, librándose a ese fin mandamiento de ejecución en los términos de art. 10 de la Ley V n°84.----------

----B) Imponer las costas de ambas instancias al demandado.----------

----C) Fijar, por adecuación al presente decisorio, los honorarios de los Dres. R. L., G. G. y L. R. F., por sus tareas de primera instancia, en las sumas respectivas de $ 5.000, de $ 2.000 y de $2.000.----------

----D) Regular los honorarios de los Dres. R. L. y L. A. S., por sus tareas de alzada, en la suma de $ 525 para cada uno de ellos.----------

----ASÍ LO VOTO.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión.----------

----Tal mi voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

----Trelew, de mayo de 2011.---------- -

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

---- REVOCAR TOTALMENTE la sentencia apelada para acordar el amparo impetrado por el menor E. J. V. C., representado por sus padres, contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, ordenando a éste dé inmediata e integral cobertura de las prestaciones denominadas “apoyo a la integración escolar” y “asistencia terapéutica domiciliaria” brindadas al discapacitado por la F. Á. de C. , en la extensión y frecuencia temporales requeridas en autos, librándose a ese fin mandamiento de ejecución en los términos de art. 10 de la Ley V n°84.----------

----IMPONER las costas de ambas instancias al demandado.----------

----FIJAR, por adecuación al presente decisorio, los honorarios de los Dres. R. L., G. G. y L. R. F., por sus tareas de primera instancia, en las sumas respectivas de $ 5.000, de $ 2.000 y de $2.000.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

----REGULAR los honorarios de los Dres. R. L. y L. A. S., por sus tareas de alzada, en la suma de $ 525 para cada uno de ellos.----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.011 – SDF.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA