------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 18 días del mes de mayo del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia, con la Presidencia de su titular el Dr. Fernando Salvador Luis Royer y asistencia de los Sres. Ministros Dres. José Luis Pasutti y Daniel Luis Caneo para dictar sentencia en los autos caratulados: **"V., H. E. y otra c/ Instituto de Seguridad Social s/ Acción de Amparo" (Expte. N ° 22.418 – V – 2011),** y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 273, de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas N º 3.202, 3.204 y Acuerdo Plenario N ° 4006/12 correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. Caneo, Pasutti y Royer.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el **Dr. Daniel Luis Caneo** dijo:----------

------ Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala, por vía del Recurso de Apelación Ordinaria que la demandada dedujo a fs. 205 y fundó a fs. 230/241, contra la Sentencia Definitiva N º 04/2011

dictada por la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew.----------
---

------ **ANTECEDENTES**: ----------

------ A fs. 149/153 luce la sentencia de primera instancia, que resolvió no hacer lugar a la acción de amparo deducida por los Sres. H. E. V. y C. B. C., en representación del menor E. J. V. C., en la que requirieron a SEROS CHUBUT cubriera el tratamiento que la “Fundación Ángeles de Cristal” brinda para los pequeños con trastornos como el que padece su hijo. Luego del rechazo, la magistrada ordenó a SEROS CHUBUT que en forma inmediata lleve a cabo las acciones necesarias para dar cumplimiento con la Resolución N ° 691/2005 ISSS, de acuerdo al certificado de discapacidad del niño J. V. C. (Ley 5413). En cuanto a las costas, las impuso por su orden.----------

------ La decisión fue apelada por los amparistas a fs. 158/163, con el patrocinio letrado de los Dres. R. L. y L. S., por considerar que la Jueza Gladys Susana Rodríguez incurrió en contradicciones y arbitrariedades al fundar su pronunciamiento, mediante un razonamiento que hallaron erróneo. La magistrada de grado concedió a fs. 164 el remedio intentado, y ordenó elevar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones de Trelew.---
---

------ A fs. 193/201 el Tribunal de Alzada zanjó el diferendo, al revocar totalmente la sentencia de fs. 149/153, mediante un fallo en el que el Dr. Carlos Velázquez fue quien trató en primer lugar los agravios esgrimidos.

///

En su voto señaló la notoria ausencia de fundamentación legal en la sentencia, contraviniendo con ello la norma del artículo 165 inciso 5° C.P.C.C. A su criterio, la Jueza de grado, pese a describir el marco normativo sustentador de la pretensión de cobertura de las prestaciones, terminó desestimando la reclamación por considerar que la “Fundación Ángeles de Cristal” no era una opción válida para brindar el servicio, mas la decisión no tuvo fundamento en precepto legal alguno.----------

------ La Jueza de grado apuntó que ni el propio ente demandado, desconoció el derecho del pequeño J. a obtener la cobertura de las prestaciones que demandaba, sino que se limitó a cuestionar a la prestadora de los servicios por el alto costo en que fijaba los mismos. Es aquí donde el Dr. Velázquez, halló infundado en derecho el pronunciamiento atacado y errada la decisión.----------

------ Para el Camarista, que el interesado haya de soportar, como imperativo del 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 una 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 iguales o similares prestaciones a un costo inferior al seleccionado por el beneficiario. En la especie, indicó, el Instituto demandado alegó esas circunstancias fácticas (fs. 54 y vta.), pero

finalmente no produjo las probanzas que acreditaban la veracidad de esas manifestaciones, toda vez que el oficio a la Asociación APAdeA que ofertó a fs. 55 “in fine” y vta. no fue respondido por la entidad, sin que la parte solicitara su reiteración, con lo que incurrió en caducidad de la prueba (artículo 406 C.P.C.C.).------

------ Concluyó que, si necesarias las prestaciones referidas, exitosas aquellas brindadas por la “Fundación Ángeles de Cristal” al día de la fecha y prevista en la ley su cobertura obligatoria, integral y gratuita, aparece manifiestamente arbitraria e ilegal 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, a su juicio el amparo resultaba procedente (artículos 18 inciso 2, 30 y 54 de la Constitución Provincial y 3 de la Ley V N ° 84).----------

------ A continuación desarrolló su voto el Dr. Marcelo López Mesa, de manera coincidente con su colega prevotante, para quien era manifiesta la falta de fundamentación idónea y suficiente del pronunciamiento de grado, por lo que se vulneró el artículo 165, inciso 5° de la Ley XIII N ° 5. Esto por cuanto la a quo, luego de referir el encuadre normativo a cuya luz debía analizarse la pretensión de la actora, procedió sin solución de continuidad a rechazarla por considerar que la prestadora “Fundación Ángeles de Cristal” no constituía en el caso una opción válida para brindar el servicio, pero sin sentar las bases suficientes, objetivas y verificables que fundaran tal conclusión, motivo por el cual halló el fallo edificado sobre terreno no firme.----------

///

------ Añadió que ello bastaba para derribar el acto jurisdiccional pero, además, en la causa resultaba indudable -a tenor del marco legislativo y jurisprudencial vigente- el derecho del menor amparado a través de sus representantes de lograr la cobertura integral de las prestaciones reclamadas. El Instituto no negó el derecho del menor a la cobertura pretendida, se limitó a impugnar la prestadora elegida en base al alto costo de los servicios prestados. Ello tornó al fallo en crisis equivocado y carente de fundamentos, señaló el magistrado, pues no podía cuestionarse la idoneidad de la “Fundación Ángeles de Cristal” para proveer las prestaciones, de acuerdo a las características e incumbencias de su personal, como se realizó en el grado, sobre la base de casi intuiciones.---
---

------ No cabía soslayar, apuntó, que la libre elección del prestador por parte de los beneficiarios es una facultad reconocida por el artículo 25 de la Ley 23.661 en casos como este. El beneficiario interesado en recibir determinada prestación, carga con la prueba de la necesidad de ella. Una vez acreditada, como sucedió en la causa, puede proponer un prestador conforme le reconoce el derecho la legislación nacional, debiendo el ente que costea el servicio probar que el valor del mismo es desproporcionado o irrazonable para eximirse total o parcialmente de su coste. Esa prueba de descargo no ha sido presentada en autos. Y dada la falta de otras opciones admisibles en el caso de este menor, habiendo acreditado el buen servicio que la prestadora elegida le brinda a Julián, juzgó que no

correspondía otra solución por el momento, y en tanto la situación no cambiara, que acoger el reclamo motorizado en este amparo.----------
---

------ Consideró que la inexistencia de otro prestador apto para suministrar los servicios, no era una conjetura ni surgía sólo del incumplimiento de la carga de la prueba de un hecho alegado por la accionada, sino que tal extremo se había acreditado a través del informe realizado por el perito médico actuante (fs. 140/141), en el que manifestó ignorar si había en la Provincia instituciones que pudieran llevar a cabo un tratamiento global como el requerido por el menor. Allí mismo afirmó el excelente y promisorio resultado que mostraba el tratamiento hasta ese entonces aplicado al menor en lo tocante al trabajo permanente de un acompañante pedagógico (cfr. fs. 140 último párrafo). Que para cambiar el mismo por otro, la solución que implique tal cambio debía ser al menos inocua para el menor. ----------

------ Por ello, concluyó que si en un futuro se probara la existencia de otros prestadores mejores o iguales pero más económicos que la fundación referida, podría reverse lo decidido por la Cámara pues esta decisión se adoptaba en el marco de un proceso que no se caracteriza por la amplitud de su debate y marcado por una clara finalidad cautelar.-------
---

------ Esta decisión fue apelada por el Instituto de Seguridad Social y Seguros a fs. 205 y el remedio se fundó a fs. 230. En el escrito critica, inicialmente, el sufragio del Dr. Velázquez pues el hecho de que la

///

“Fundación Ángeles de Cristal” estuviera habilitada para brindar determinados servicios, no es óbice para obligar a la obra social a cubrir las necesidades del pequeño con un ente no prestador, máxime cuando esos servicios la institución los otorga con prestadores calificados y previamente auditados. Entiende que ese análisis deja abierta la puerta para que, en el futuro, cualquier afiliado con certificado de discapacidad pretenda un servicio en el exterior por no aceptar los prestadores locales, solicitud que podría llevar al colapso del sistema solidario del recurrente.----------

------ Contrariamente a lo sostenido por el magistrado, entendieron que debía ser la justicia la que -en última instancia- determinara la capacidad de cada institución para otorgar la cobertura pretendida por los amparistas. Señalan que el tratamiento del afiliado se venía realizando con normalidad y a valores expresamente establecidos por instituciones con prestigio a nivel nacional (en el caso APAdeA), con equipos multidisciplinarios que garantizan una correcta y eficiente labor profesional.----------

------ Señalan que la “Fundación Ángeles de Cristal” no es prestadora de la obra social, por lo que discurren que nada debía probar la institución al afiliado, como lo exige aquel magistrado, sino que eran los amparistas quienes debían suministrar toda la información y acreditación técnica acorde a su patología discapacitante. Además, consideran probado en la causa que el staff de la Fundación cuenta con la misma profesional que

trabaja en APAdeA, la Lic. S., motivo por el cual no entienden los fundamentos para otorgar el beneficio a través de un ente diferente al que ya prestaba el servicio.----------

------ La diferencia de valores apuntada por la obra social había quedado demostrada con el expediente administrativo ofrecido como prueba, documentos que -en opinión de los recurrentes- no fueron tenidos en cuenta por el Dr. Velázquez.----------

------ En segundo lugar, cuestionan la vehemencia del Dr. López Mesa para derribar el fallo de primera instancia al descalificarlo por insuficiente motivación. Para los apelantes el hecho controvertido se planteó y se resolvió de manera eficaz y conforme una valoración acertada de la prueba producida. La magistrada de primera instancia rechazó la acción por considerar a la “Fundación Ángeles de Cristal” una entidad inidónea para brindar el tratamiento complejo que Julián necesitaba, pues este había sido el hecho controvertido en la causa.-----

------ Fustigaron que este Camarista no hizo una apreciación global de la prueba producida, especialmente en lo que atañe a la idoneidad de la Fundación en cuestión, motivo por el cual desconoció que la prestación se venía otorgando por APAdeA, ente de reconocida trayectoria a nivel nacional. De manera que, contrariamente a lo señalado por ese magistrado, los actores siempre tuvieron la opción de elegir entre los prestadores con los que contaba SEROS para obtener la cobertura del servicio.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Apuntaron que el derecho constitucional invocado en el fallo recurrido -derecho a la salud- no es absoluto sino que debe ajustarse al ejercicio regular y conforme a la ley que lo reglamente. Su tutela constitucional no implica sólo pagar prestaciones sino velar por la calidad, idoneidad o especialidad de los profesionales o centros que las brindan. Y en el caso de marras, los amparistas pretendían ampliar una cobertura no prevista legal ni administrativamente por SEROS (maestro integrador), como organismo encargado de administrar las prestaciones.----------

------ Refieren que muchas Obras Sociales tienen una cartilla de prestadores (varias veces reducida) y el afiliado debe optar entre los integrantes de la misma. SEROS, en cambio, persigue que sus afiliados se atiendan con prestadores con los que existe contrato, porque ello habilita a realizar fiscalización de la calidad con que se lleva a cabo el servicio. Pero en situaciones como las que padece el menor V. C., con certificado de discapacidad otorgado, amplía este criterio y admite que la atención la decidan los padres o profesionales tratantes, aún en instituciones no prestadoras, pero que a juicio de los responsables del menor satisface o colabora más eficazmente con su atención.----------

------ Sin embargo, no se puede condenar al Instituto a que pague por tal servicio lo que la Fundación decide cobrar mensualmente cuando es significativamente superior al valor reconocido a los propios prestadores

por igual o mejor servicio (APAdeA). Además, el servicio de maestra integradora que motivó la presente acción de amparo, debe prestarlo el Ministerio de Educación, tal como lo informó la Dirección de Educación Inclusiva en prueba agregada a la causa y no valorada por los Camaristas.----------

------ En el mismo escrito, atacaron la regulación de honorarios profesionales por altos como la imposición de las costas, por entender que SEROS nunca había negado la prestación sino la entidad que brindara el servicio, por lo que solicitaron se revocara este tópico.------

------ El memorial fue contestado por los padres del pequeño a fs. 245/262. Acto seguido el Dr. Alfredo Pérez Galimberti, como Asesor General Subrogante y asumiendo la representación promiscua del niño E. J. V. C. contestó la vista conferida a fs. 267. En su escrito señaló que las cuestiones sobre las cuales debía expedirse este Superior Tribunal eran que la demandada no podría ser condenada a pagar la prestación debida al niño con los valores fijados por la Fundación, significativamente superiores a los reconocidos por APAdeA, en tanto esa obligación llevaría en un corto plazo al derrumbe económico financiero de la obra social.----------

------ Apuntó que el análisis del remedio intentado debía girar sobre la naturaleza y calidad de la prestación de ambas instituciones, y su correlato con las necesidades terapéuticas del pequeño, teniendo siempre en miras el respeto al derecho a la salud desde el encuadre normativo internacional, nacional y local que lo refiere al disfrute del más alto nivel

///

de vida posible. Al efecto destacó que la prueba ofrecida por la accionada para acreditar en autos la calidad, el tipo y los costos de la prestación dada por APAdeA no fue producida.----------

------ Remarcó que el menor recibe tratamiento, desde el año 2007, en la “Fundación Ángeles de Cristal” con buenos resultados, y que ésta se encuentra habilitada por la Secretaría de Salud de la Provincia. Además obra pericia que da cuenta del excelente y promisorio resultado que muestra el tratamiento aplicado al niño. Por ello, no habiéndose probado en autos la falta de idoneidad de la Fundación ni la existencia de un prestador que pudiere otorgar la misma prestación que actualmente recibe el pequeño Julián desde el año 2007, correspondería a criterio del Sr. Asesor confirmar “in totum” el fallo recurrido.----------

------ A fs. 271 emitió su dictamen el Sr. Procurador General, Dr. Jorge Luis Miquelarena, en el que compartió lo manifestado por el Sr. Asesor General Subrogante en su escrito de fs. 268/269 vta. y, en atención a recientes precedentes de este Superior Tribunal en los que se ha pronunciado sobre el derecho a la salud (Sentencia N ° 5/SCA/2011, entre otras) propició el rechazo del recurso y la confirmación de todo cuanto ha sido resuelto por la Cámara de Apelaciones.----------

------ **ANÁLISIS.**----------

///

------ **I.-** En forma liminar, habré de analizar si el presente Recurso Ordinario de Apelación es pasible de ser tratado en esta instancia. Para ello, es necesario constatar que se encuentren reunidos los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico para tal fin, teniendo en cuenta que pesa mayor rigurosidad en su análisis, toda vez que la naturaleza y finalidad específicas del Recurso Ordinario de Apelación, tiene por objeto proteger los intereses del fisco y conceder mayor seguridad de acierto a las sentencias que deciden cuestiones que comprometan el patrimonio de la Nación o la Provincia (Conf.: TAWIL, Guido Santiago, "Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia", Ed. Depalma, 1.990, pág. 53). ----------

------ De la lectura de los agravios, se advierte, prima facie, que se encuentran reunidos los recaudos pertinentes para su tratamiento por este Cuerpo, establecidos por el Art. 32, inc. 6° de la Ley V N ° 3. Si bien, como ya expresara, la exigencia de su análisis es más estricta que la requerida para los recursos extraordinarios, no puedo dejar de considerar que la vía intentada: "debe aportar elementos que refuten lo resuelto por la instancia anterior, pero esta exigencia debe sin embargo, ser observada con especial prudencia, pues una visión errada de su verdadero significado podría derivar en una colisión con el principio de congruencia y, consecuentemente, en una restricción injustificada del derecho de defensa de las partes" (Guido Santiago TAWIL, obra citada, pág. 156).----------

///

------ **II.-** Los padres del menor J. V. C. accionaron contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia, mediante una acción sumarísima, con la pretensión de obtener la cobertura integral de las prestaciones denominadas “apoyo a la integración escolar” y “asistencia terapéutica domiciliaria”, en razón de la discapacidad que padece su pequeño hijo. En la copia legalizada del certificado de discapacidad que luce a fs. 5 puede leerse que el niño sufre de autismo y, en función de ese diagnóstico, las prestaciones con las que se debe beneficiar son la rehabilitación, la atención médica y las prestaciones educativas.----------
---

------ Describieron que la pretensión específica consistía en un tratamiento cognitivo conductual domiciliario e intensivo de 12 horas semanales, con acompañante pedagógico de enero a diciembre en el turno correspondiente a la escuela y mediante una derivación al Centro Ángeles de Cristal, donde el niño ya estaba siendo atendido, en función del tratamiento diseñado por la Licenciada P. S. (Directora Técnica del Equipo Interdisciplinario) con el pedido expreso del médico tratante de J., Dr. R. B..----------

------ Señalaron que SEROS se negó a afrontar los costos que demandaba esta prestación, con varios argumentos. El primero de ellos era que la inclusión escolar especial solicitada, no era competencia del Instituto sino del Ministerio de Educación de la Provincia; y en segundo lugar, manifestaron que la “Fundación Ángeles de Cristal” no se encontraba

autorizada para prestar los servicios pretendidos, por no contar con antecedentes ni autorizaciones administrativas, además de no ser un ente prestador del sistema solidario de SEROS. Todo lo cual surge de la CD N º ******** enviada por el Instituto a los progenitores de J., que en copia certificada a fs. 6 acompañaron los amparistas.-

------ Al tiempo de contestar la acción incoada en su contra, en una ceñida exposición de fundamentos, plantearon excepción de cosa juzgada pues consideraron que la pretensión de los actores era idéntica a la que tramitó por ante el Juzgado Laboral N º 1 de la ciudad de Trelew, en autos **"V., H. E. y otros s/ AMPARO"** (Expte N º 77/2009), en el que se había arribado a un acuerdo transaccional que luego fue homologado por el magistrado interviniente. No obstante lo cual, los apoderados de la demandada nada dijeron sobre los términos del acuerdo ni acompañaron testimonio de la sentencia, se limitaron a ofrecer como prueba documental el expediente de referencia en el pto. 3 de su presentación, solicitando a la magistrada requiriera las actuaciones al Juzgado de competencia para que los remita Ad effectum videndi et probandi.------

------ Accesoriamente contestaron demanda. Relataron que por Acta de Directorio N º 1297 del 03/07/2006 se otorgó al padre de J. un subsidio no reintegrable de carácter excepcional, y por el término de ocho meses, de $1.600 destinado en forma exclusiva a la asistencia del niño. Ese monto sirvió para cubrir los gastos de asistencia en la Asociación Argentina de Padres de Autistas (APAdeA) por tratamiento cognitivo conductual, pues ese era el valor total del servicio tal como surge de las

///

facturas adjuntadas al expediente administrativo N º 2865/04. ----------
---

------ Si bien la recurrente sostiene que dichas facturas obran en el expediente, la Cámara señaló que esa documentación no se encuentra agregadas a la causa. En el detalle de la documentación ofrecida por la demandada (fs. 55), puede leerse que sólo acompañó con su presentación copias certificadas de fs. 702 (Nota del Presidente de SEROS a la Subsecretaría de Coordinación Técnica Operativa del Ministerio de Educación), 703 y 704 (Informe de esa Subsecretaría), 705 (Nota de la Subsecretaria al Presidente de SEROS), 765 (Nota de la Dirección de SEROS al Sr. H. V.), 775 (CD del Sr. H. V. al Instituto de Seguridad Social y Seguros), 778 (Nota del Sr. H. V. a la Dirección de SEROS) y 789 (Nueva nota del Sr. H. V. a la Dirección de SEROS) del expediente N º 2865/04.-

------ El a-quo señaló, con acierto, que el Instituto demandado alegó contar con un prestador que suministraba igual o similar servicio al solicitado por los padres de Julián y a un costo inferior, pero no produjo las probanzas que acreditaban la veracidad de sus manifestaciones, por lo que no podía considerar cierto en el proceso que la obra social contara con una prestación de mejores condiciones a la requeridas por los amparistas (Voto de Dr. Velázquez a fs. 194 vta.).----------
---

///

------ Adecuadamente juzgó que el interesado en recibir determinada prestación carga con la prueba de su necesidad, luego puede proponer un prestador pues la legislación nacional le reconoce ese derecho. Pero es el ente que debe costear el servicio quien debe probar que su valor es desproporcionado o irrazonable, para eximirse total o parcialmente de su coste (Voto del Dr. López Mesa fs. 198 vta).----------

------ Poco preocupó a la demandada la demostración de los hechos fundantes del que dice su derecho. Y eso fue valorado por el a-quo, cuando observó que en el punto V de la contestación de demanda, el apelante ofreció como prueba informativa un oficio a APAdeA a efectos de que hiciera saber a) el monto que se cobra para el tratamiento de marras, y b) si se le abonó en tiempo y forma el tratamiento del menor E. J. V. C. durante el año 2006. Ese oficio luce agregado a fs. 138 pero no fue respondido por la asociación requerida, y la obra social nunca reiteró su pedido.----------

------ **III.-** Tal desinterés por los apoderados del Instituto de Seguridad Social y Seguros, sólo puede determinar aplicable las disvaliosas consecuencias del incumplimiento de la carga de la prueba, emanada del artículo 381 del C.P.C.C. Así lo dije en el fallo SD N º 3/SCA/08, tanto como en SD N ° 1/SCA/05 y 11/SCA/06, en los que adherí al criterio dado por este Tribunal en SD N º 15/SRE/99, donde se señaló que “el funcionamiento de la regla de juicio de la carga probatoria, supone el agotamiento de la valoración de las pruebas incorporadas al proceso con resultado negativo, señalando que el juez puede concluir en dos direcciones: declarando la certeza de una situación o estado de cosas

///

jurídicamente relevante, lo que excluye la aplicación de la regla precitada -o declarando, también con grado de certeza- que con los instrumentos probatorios disponibles no le es posible reconstruir históricamente los hechos debatidos, lo que conduce a la aplicación de la regla de juicio (cita de Efraín Quevedo Mendoza, "Carga y valoración de la prueba: precisiones", Rev. J. A. Julio 22 de 1998, pág. 2)”.----------

------ La sentencia definitiva citada completaba estos conceptos, trayendo a Falcón -que contrario a la definición del instituto- ensayaba: la carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las pruebas y activarlas adecuadamente para que demuestren los hechos que les corresponde probar a través de los distintos medios, y sirve al juez en los procesos dispositivos como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante (Idem obra citada en el párrafo precedente, pág. 247). Quien no prueba los hechos corre el riesgo de perder el pleito cuando la suerte de la litis, o de las excepciones opuestas al progreso de la demanda instaurada en su contra, dependieran de ello.----------

------ **IV.-** La inobservancia de la obligación impuesta por el artículo 381 del C.P.C.C., dejó huérfana de contenido la posición asumida por la demandada para oponerse a la pretensión de los Sres. E. V. y C. B. C. de que el Instituto cubriera las prestaciones necesarias para la atención integral de su pequeño hijo discapacitado, tal y como fueron exigidas. El

análisis de la Alzada en este sentido no tiene fisuras, de modo que la confirmación del fallo atacado es el lógico correlato. Considero, entonces, que la apelación ordinaria deducida por los apoderados de SEROS deberá ser rechazada.----------

------ **Así lo voto**.----------

------ A igual cuestión el **Dr. José Luis PASUTTI** dijo: ----------

------ **1.-** Persiguen los Sres. H. E. V. y C. B. C. -padres del menor E. J. V. C.- tutela jurisdiccional, para obtener del Instituto de Seguridad Social y Seguros la cobertura integral de las prestaciones denominadas “apoyo a la integración escolar” y “asistencia terapéutica domiciliaria”, dentro de la “Fundación Ángeles de Cristal”, en virtud de la enfermedad discapacitante que sufre su pequeño (certificada por constancia de fs. 05).----------

----- En sus presentaciones, respaldadas con instrumentos de prueba, insistieron en que desde el año 2007 atienden la deficiencia psíquica de su hijo, con los servicios de la referida fundación. Apuntaron que la idoneidad de esa institución se apoya en las correspondientes autorizaciones administrativas a nivel nacional y provincial, para suministrar cuidados a personas discapacitadas en el marco del espectro autista, calificándola como la única institución local de carácter interdisciplinario en la atención del autismo.----------

///

------ Por su parte, los apoderados de SEROS impetraron una y otra vez el rechazo de la pretensión por entender que la cobertura integral reclamada por los padres del menor, expresamente establecida en el certificado de discapacidad (ver fs. 5), estaba cubierta. Apuntaron que la asistencia escolar era materia reservada al Ministerio de Educación de la Provincia, a través de los Centros de Servicios Alternativos y Complementarios (ver fs. 63) y resistieron la cobertura completa del servicio a manos de la fundación en cuestión, por no ser una institución prestadora de la obra social y cobrar un monto superior al que ofrece APAdeA, entidad con la que tenía convenio la obra social.--

------ Reiteraron el último argumento en todas las etapas de este sumarísimo proceso, hicieron hincapié en la diferencia de precios entre ambas instituciones (APAdeA y la “Fundación Ángeles de Cristal”), en el perjuicio económico que le ocasionaría a la obra social costear una prestación cara por demás y, sin embargo, el a quo revocó la decisión de primera instancia por considerar que los demandados no arrimaron a la causa constancias que acreditaran la diferencia de valores entre la prestación requerida y la ofrecida.----------

------ **2.-** Luego de analizar los argumentos dados por el a quo, habré de disentir con el criterio expuesto por los Dres. Velázquez y López Mesa, pues las pretensiones de los amparistas nacieron a partir de una supuesta falta del Instituto de Seguridad Social y Seguros, que luego éste probó era inexistente. Los padres de Julián denunciaron que SEROS no cubría

el 100% de las prestaciones que el menor necesitaba en función del “Trastorno Generalizado del Desarrollo” que padecía, protección integral a la que el Instituto estaba obligado por el certificado de discapacidad con el que contaba el pequeño. No obstante lo cual, el trasfondo de la pretensión de los actores era obtener de la obra social la cobertura total del apoyo a la integración escolar y la asistencia terapéutica domiciliaria del pequeño, a través de una Fundación que no era prestadora de SEROS.----------

------ La Convención sobre los Derechos del Niño, establece, en su artículo 23.1. que los Estados Partes reconocen al niño mental o físicamente impedido su derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a si mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. El inc. 3 dispone que la asistencia que el Estado preste estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, capacitación…, preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente para que logre la integración individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible (SD N ° 04/S.R.O.E./2010).----------

------ Bajo estos parámetros la Dra. Gladys Susana Rodríguez, a cargo del Juzgado de Familia N ° 1 de la ciudad de Trelew dictó la sentencia cosida a fs. 149/153. Con sólidos argumentos y un razonable análisis de las circunstancias materiales que rodeaban al caso, detalló la normativa provincial y nacional que le reconocía al menor el derecho a obtener la

cobertura integral de las prestaciones reclamadas, para luego fundar en los elementos de prueba obrantes en la causa -como el contundente dictamen del Asesor de Familia e Incapaces, Dr. Alfredo Oscar Martín cosido a fs. 147- la ineptitud de la “Fundación Ángeles de Cristal” para brindar los servicios pretendidos por los amparistas.---

------ En cambio, la decisión atacada -a la luz de las probanzas rendidas en la causa- no ha sido dictada conforme al derecho vigente; dado que la sentencia constituye un todo indivisible demostrativo de una unidad lógica-jurídica en que la parte dispositiva no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación (Fallos 324:1584).---------

------ Los Señores Camaristas, cargaron en la obra social el peso de probar que sus prestadores demandan menores costos por iguales prestaciones a las exigidas por los amparistas, cuando la obligación que le cabe es mucho más compleja. Su responsabilidad consiste en velar para que la atención médico-asistencial de sus afiliados se lleve a cabo a través de profesionales, instituciones o clínicas de calidad, que los responsables de atender patologías complejas como la que padece el pequeño Julián, sean atendidas por especialistas en la materia, condición con la que la “Fundación Ángeles de Cristal” no cumplía.---

------ Bajo esas circunstancias, deja de importar cuáles eran los costos de APAdeA -institución afiliada a SEROS- para atender las prestaciones

totales requeridas por el menor, sino la aptitud de esa asociación para cumplir con las tareas que actualmente cubre la fundación que atiende a Julián; y en esa contraposición de servicios, el prestador de SEROS demuestra contar con la calidad y prestigio que el afiliado necesita para su atención.----------

------ Resulta contradictorio el criterio expuesto por el Dr. Velázquez con la decisión final adoptada, en tanto reconoció que la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios es el sistema promovido por nuestra legislación (artículo 25 de la Ley 23.661), pero esa libertad puede ser condicionada cuando el profesional o ente seleccionado por el interesado no está entre los inscriptos en la obra social, que tiene en cambio otro u otros que ofertan similar servicio por un costo menor; y sin embargo, hizo lugar al amparo dejando de lado las circunstancias del caso que coincidía plenamente con los parámetros de la hipotética situación planteada.----------

------ A su turno, el Dr. López Mesa cuestionó la posibilidad de que la magistrada de primera instancia pudiera controvertir la idoneidad de la “Fundación Ángeles de Cristal” para proveer las prestaciones, sobre la base de intuiciones. Y entiendo que solo un análisis parcial permite arribar a esta conclusión, pues el plexo probatorio que funda la sentencia N ° 40/2012 se compone -principalmente- de las declaraciones brindadas por el médico psiquiatra J. L. P. D. P., por M. L. que es el Vice director de la Escuela a la que asiste el menor, por las docentes de J. P. S. y R. M., la psicóloga E. V. coordinadora de terapia de la fundación, y dictamen del Asesor de Familia e Incapaces Dr. Alfredo Oscar Martín

///

(ver fs. 150 vta/152), testimonios que convencieron a la Jueza que la especialización de profesionales en TGD, requerida por los amparistas, no era una particularidad de los servicios que prestaba la fundación exigida.----------

------ No hallo válidos los fundamentos de la decisión atacada por los apelantes, para permitir la atención de un pequeño cuya enfermedad psiquiátrica exige una asistencia sistémica a través de médicos especializados en la patología -conforme declaró el Dr. J. L. P. D. P., médico psiquiatra auditor de la obra social y valoró la sentencia de grado a fs. 150 vta.-, con una entidad que no tiene convenio con la obra social, máxime cuando las prestaciones que brinda pueden ser cubiertas con aptitud por una asociación con trayectoria en la materia que, desde tiempos atrás, brinda atención para SEROS.----------
---

------ Tengo además en cuenta que la decisión jurisdiccional revocada por el pronunciamiento bajo examen, ha puesto amplia atención en ayudar a Julián y su familia a lograr el cumplimiento efectivo, por SEROS, de todas las prestaciones a su cargo establecidas en el certificado de discapacidad cosido a fs. 5 y reconocidas expresamente a través de la Resolución N ° 691/2005 ISSyS.----------

------ **3.-** Todo lo expuesto, me conduce a discrepar con la solución propuesta por mi colega preopinante y a afirmar que en autos

corresponde hacer lugar al recurso de apelación ordinaria deducido por la demandada, revocar totalmente la sentencia dictada por la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Trelew, registrada bajo el N ° 04 de 2011 SDF.----------

------ **ASÍ LO VOTO**.----------

------ A igual cuestión el **Dr. Fernando Salvador Luis Royer** dijo: ---

------ **1.-** Los extremos que han dado lugar al presente recurso de apelación ordinaria han sido adecuadamente referidos por el Sr. Ministro que emitió el primer sufragio, por lo que entiendo innecesario formular mayores precisiones. Me basta recordar que la demandada, Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, interpone el presente a fin de obtener la revisión de la decisión dictada por la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew (S.D. N ° 04/2011 SDF), que revocó totalmente la sentencia dictada por la Jueza a cargo del Juzgado de Familia N ° 1 de la misma ciudad, e hizo lugar a la acción de amparo impetrada por los padres del menor J. V. C..----------

------ **2.-** Sentado ello, corresponde efectuar la valoración de la expresión de agravios a fin de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso de apelación deducido, y habilitar un nuevo examen de la materia por este Tribunal.----------

///

----- Y en esa tarea analizo la presentación cosida a fs. 238/241, que encuentro satisface los recaudos de admisión propios de la vía intentada, en la medida que se articula contra una sentencia definitiva emanada de la Cámara de Apelaciones, donde una de las partes involucradas es el Estado Provincial, por lo que no habré de ahondar en mayores precisiones sobre el particular. ----------

------ **3.-** La aplicación de las normas que regulan todo lo relacionado en materia de discapacidad, más allá de haber sido acabadamente enunciadas en el pronunciamiento atacado, no pueden aplicarse de modo literal sin tener en cuenta el caso concreto y circunstanciado del menores por el que se reclama. Y, sin dejar de lado los principios jurídicos que regulan la materia, resulta claro que sólo a través de la opinión de los expertos que han interactuado directamente con J., es que habrá de apoyarse cualquier decisión que pretenda establecer cuál de las instituciones propuestas en autos, resulta la más adecuada para atender las especiales circunstancias del pequeño.----------

------ En el pronunciamiento atacado, los señores Camaristas señalaron –apropiadamente- que el marco regulatorio nacional del caso estaba dado por la Ley N ° 24.901 que reglamenta el sistema de prestaciones de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección (artículo 1°). En el orden provincial, la Ley I N ° 207 es la que instituye un sistema de protección integral de las personas afectadas por autismo, norma en la

que el Estado se obligó a brindar asistencia domiciliaria, educación y formación personalizada (artículo 1° y 5°, inciso “a” Apdo. 5, e inciso “b” Apdo. 2); además, la Ley I N ° 296 le asegura a los mismo beneficiarios de la norma local antes citada, los servicios de rehabilitación integral y escolarización en las condiciones necesarias a su grado de discapacidad (artículo 1° y 4°, inciso 1 y 3) cargando en la Secretaría de Salud y en el Instituto de Seguridad Social y Seguros el cumplimiento de estas obligaciones, con la sola presentación del certificado de discapacidad acreditante (artículo 16).----------

------ Tengo en cuenta, muy especialmente, la existencia de varios elementos de convicción agregados a la litis que, de alguna manera, se oponen al criterio sentado por el a quo. No soslayo que ninguna prueba obliga o vincula de manera excluyente el criterio del juez, quien debe ponderar todos los elementos disponibles para formar plena convicción. Y esa es la tarea que emprenderé.----------

------ Al hacerlo, advierto de inmediato el yerro en el fallo dictado por la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew que refieren los apelantes. La pericia médica del Dr. H. R. G. de fs. 140/141, las consideraciones hechas por el Asesor de Familia e Incapaces Dr. Alfredo Oscar Martín a fs. 147 y vta, las declaraciones testimoniales vertidas en la sentenciad de grado y el propio reclamo efectuado a través de la acción de amparo, me permiten arribar a la convicción de que el menor requiere una atención idónea y acorde a sus necesidades reales y actuales; pero también que la “Fundación Ángeles de Cristal”, que actualmente lleva a

///

cabo la tarea, carece de la especialidad demandada por los amparistas.----------

------ Mal pudieron los sentenciantes poner en tela de juicio la potestad de la magistrada de primera instancia, para cuestionar la idoneidad de los profesionales de la fundación que atiende al pequeño J., cuando fue justamente esa calidad institucional uno de los motivos por los cuales instaron la protección jurisdiccional del amparo los padres del menor. Reafirma aquella facultad, lo dicho por la demandada de contar entre sus prestadores con una institución de similares características, pero con amplia trayectoria en la materia (APADeA) para satisfacer las necesidades medico-asistenciales del su afiliado, que habría sido desestimada como opción válida por los amparistas.---------

------ Los altos costos de los servicios que actualmente presta la “Fundación Ángeles de Cristal”, fue una de las razones que tuvo en cuenta la obra social para contradecir los requerimientos de los actores, pero hubo otras. Entre ellas, la ausencia de una prestación especializada que difiera de aquella ofrecida por los entes incorporados al sistema de la obra social, circunstancia que resultó evidente cuando se demostró que la Lic. en Psicología P. S., que actualmente dirige el tratamiento del pequeño V. C. en la fundación en cuestión, perteneció a APAdeA y por no vivir en la ciudad de Trelew sólo supervisa el tratamiento tres o cuatro veces al año.----------

------ De manera que solo una parcial valoración probatoria, tal como lo denunciara la demandada en su expresión de agravios, pudo concluir con la decisión atacada. Esto por cuanto, los informes informe periciales (140/141), el dictamen de Asesor de Familia (fs. 147 y vta.), los testimonios del Psiquiatra J. L. P. D. P., del Vicedirector de la Escuela *** xxxxx xxxxx confluyen en la necesidad de un tratamiento específico sobre el trastorno generalizado del desarrollo que padece J., pero dan por tierra con la aptitud y el carácter multidisciplinario de la Fundación denunciada para realizar esa tarea. La ausencia de un abordaje integral sobre las pruebas rendidas en la causa, solo fue posible por el anclaje de los Camaristas en analizar el supuesto incumplimiento de una carga probatoria por parte de la demandada.----------

------ El hecho de que SEROS no haya demostrado la diferencia de costos entre ambas instituciones, no puede ser un obstáculo para analizar íntegramente las posiciones de las partes, ya que no puede obligarse a la obra social a demostrar que los costos de sus prestadores son menores a los de instituciones con la que no posee convenio, cuando la guía en la selección de servicios y profesionales debe ser la calidad, especialidad y excelencia de los mismo. Y esta última circunstancia sí a quedado probada en la causa en perjuicio de la fundación que postularon los amparistas.----------

------ 4.- Por todo lo expuesto, habré de concordar con la posición asumida por el Ministro Pasutti pues entiendo que deberá hacerse lugar al

///

recurso de apelación deducido en autos por los letrados apoderados del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, y revocar íntegramente la sentencia definitiva N ° 04/ 2011 SDF dictada por la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew.----------

----- **ASI LO VOTO**.----------

------ A la segunda cuestión el **Dr. Daniel Luis Caneo** dijo: ----------

------ Atento como voté la primera cuestión, propongo al Acuerdo rechazar el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por la demandada Instituto de Seguridad Social y Seguros, contra la Sentencia Definitiva de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala “A”, N ° 04/2011 SDF.----------

------ En mérito a lo resuelto, las costas se cargarán a la demandada vencida (Art. 69 del C.P.C.C.), y se regularán honorarios a los letrados apoderados de aquélla, Dres. G. G., L. R. F. y E. P., en forma conjunta, en la suma de pesos mil novecientos ($1.900), con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio de los dispuesto en el Art. 2 de la Ley XIII N ° 4. Mientras que los honorarios de los profesionales que representaron a los actores, Dres. R. L. y L. S., se fijan en forma conjunta, en la suma de pesos dos mil quinientos ($2.500), más el I.V.A. si correspondiere.-

///

------ **Así lo voto.**----------

------ A igual cuestión el **Dr. José Luis Pasutti** dijo:----------

------ Tal como voté la primera, propongo al Acuerdo hacer lugar al Recurso de Apelación Ordinaria deducido por la demandada y revocar en todas sus partes la Sentencia Definitiva de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew, registrada bajo el N° 04/2011, conforme lo establecido en los considerandos respectivos.----------

------ Atento la forma en que he decidido la cuestión, en la medida en que se modifica el fallo, corresponde variar la imposición de las costas de la instancia anterior. Así, propongo al Acuerdo imponer las mismas a los actores vencidos, correspondiendo readecuar las regulaciones de honorarios acorde el contenido del presente pronunciamiento (conf. art. 69 y 282 del C.P.C.C).----------

------ En consecuencia, para la segunda instancia y teniendo en cuenta el tipo de proceso, el resultado del juicio y las tareas profesionales desarrolladas, estimo los honorarios correspondientes a los letrados de la demandada, Dres. Guillermo GREGORIO y Luis R. FREGOSI, en forma conjunta y atento la proporción de ley, en la suma de pesos dos mil quinientos ($ 2.500), sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 2 de la Ley XIII N° 4. Se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Rhona LLOYD y Leandro SECHI, siguiendo las misma pautas antes indicadas y en forma conjunta, en la suma de pesos mil novecientos ($ 1.900), de acuerdo a lo normado por los arts. 3, 5, 7, 9, 13 y 46 de la Ley

///

XIII N° 4. Todos con más el IVA, si correspondiere.----------

---

------ Por la actuación en esta instancia, costas a la actora vencida y por las tareas profesionales desarrolladas, regulo los honorarios de los Dres. Guillermo GREGORIO, Luis R. FREGOSSI y Eduardo PINSKER, en forma conjunta en la suma de pesos dos mil quinientos ($ 2.500), sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 2 de la Ley XIII N° 4, y a los Dres. Rhona LLOYD y Leandro SECHI, la suma de pesos mil novecientos ($ 1.900) también de manera conjunta. Amerito para ello el resultado obtenido, la calidad, eficacia y extensión de la labor de cada uno de los profesionales (arts. 5, 7, 9, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4 y artículo 69 del CPCC). Todos con más el I.V.A., si correspondiere. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ A la misma cuestión el **Dr. Fernando Salvador Luis Royer** dijo:--

---

------ Atento como he votado a la primera cuestión concuerdo con la solución propuesta por el Dr. Pasutti, como así también en orden a la imposición en costas y regulación de honorarios. **ASÍ LO VOTO**.-----

------ Con lo que se dio por finalizado el acto quedando acordado por mayoría dictar la siguiente: ----------

///

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

------ 1º) **HACER LUGAR** al Recurso de Apelación Ordinaria deducido por el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, contra la Sentencia Definitiva dictada por la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew, bajo el N° 04/2011 y en consecuencia, revocarla. ----------

------ 2°) **READECUAR** las costas de la anterior instancia, imponiéndolas a los actores vencidos (conf. artículo 69 y 282 del C.P.C.C). ----------

------ 3°) **IMPONER** las costas de esta instancia a los amparistas (art. 69 del C.P.C.C.).----------

------ 4°) **REGULAR** los honorarios correspondientes a los letrados de la demandada, Dres. Guillermo GREGORIO y Luis R. FREGOSI, en forma conjunta y atento la proporción de ley, por la labor desarrollada en la segunda instancia, en la suma de pesos dos mil quinientos ($ 2.500), sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 2° de la Ley XIII N° 4; y de los Dres. Rhona LLOYD y Leandro SECHI, siguiendo las pautas indicadas y en forma conjunta, por la suma de pesos mil novecientos ($ 1.900), de acuerdo a lo normado por los arts. 3, 5, 7, 9, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4 y artículos 69 y 282 del CPCC. Todos con más el IVA, si correspondiere.----------

///

------ 5°) **REGULAR** los honorarios profesionales de los Dres. Guillermo GREGORIO, Luis R. FREGOSSI y Eduardo PINSKER, por la labor desarrollada en esta instancia, de manera conjunta, en la suma de pesos dos mil quinientos ($ 2.500), sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley XIII N° 4; y fijar los honorarios de los Dres. Rhona LLOYD y Leandro SECHI, de forma conjunta, por la suma de pesos mil novecientos ($ 1.900). Amerito para ello el resultado obtenido, la calidad, eficacia y extensión de la labor de cada uno de los profesionales (arts. 5, 7, 9, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4 y artículo 69 del CPCC). Todos con más el I.V.A., si correspondiere.-----

------ 6°) **REGÍSTRESE,** notifíquese y devuélvase.----------
Fdo.: Dr. Fernando S. L. Royer – Dr. Daniel Luis Caneo *(en disidencia)* – Dr. José Luis Pasutti.----------

RECIBIDA EN SECRETARIA EL **18** DE **MAYO** DEL AÑO **2.012**
REGISTRADA BAJO S. D. N° **04**/ S.R.O.E/2012 CONSTE

///