

ACUERDO:

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 14 días del mes de septiembre del año dos mil siete, se reúnen en acuerdo Ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Dres. Carlos Gonzalo Sagastume, Mario Arturo Robbio y María del Carmen Battaini, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados “Fuchs Graciela c/ IPAUSS s/ Amparo” - Expte N° 1023/07 STJ - SR.

ANTECEDENTES:

I. La Sala Civil de la Cámara de Apelaciones dictó sentencia a fs. 171/181 vta haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el IPAUSS, y ordenando el reintegro de los montos abonados por la amparista hasta la fecha en que comenzó su vigencia el convenio celebrado con APAdEA.

Para así resolver, el Tribunal tomó como premisa la asistencia médica igualitaria, señalando que “...dentro de ese sistema no existe la posibilidad de recurrir a cualquier prestador – ya sea una institución o un profesional – sino que se debe asistir en los indicados en las cartillas que contienen las prestaciones ofrecidas por la OBRA SOCIAL”. – v. fs. 177, punto VII, 3° párrafo -.

Al contar el IPAUSS con un programa propio y especial llamado PRO.A.CA.DI (Programa para Afiliados con Capacidades Diferentes), en cuyo marco se contrataron los servicios de la Asociación Argentina de Padres de Autistas (APAdEA), el a quo concluyó que la menor S. C. F cuenta con cobertura completa.

Por tanto, se acogió la apelación en este punto al considerar que la obra social dio cumplimiento a la cobertura necesaria poniendo a disposición de la amparista una prestación asistencial adecuada a las necesidades de la afiliada, toda vez que no existe obligación del IPAUSS de acceder al servicio peticionado por la madre de la menor, ya “que no se aporta ningún elemento de convicción con base científica que desaconseje o desmerezca lo prometido por la demandada” – v. fs. 178, 4 párrafo, in fine -.

En relación a la crítica dirigida al reintegro de las sumas abonadas por la Sra. Fuchs, se estableció que corresponde el pago de los gastos irrogados por la atención de la menor “...con antelación a la fecha de vigencia del convenio celebrado con APAdEA (28 de abril de 2006)”. – v. fs. 178 vta, 3° párrafo, in fine -.

II. La amparista interpuso recurso extraordinario de casación a fs. 207/217, exponiendo que el fallo dictado por la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones dejó a su hija sin posibilidad de continuar con el tratamiento que venía abonando de su propio peculio, el cual, en la actualidad, le resulta imposible solventar. Expresa que el fallo recurrido denota la falta de análisis del convenio celebrado por la obra social con la institución APAdEA, de imposible aplicación al caso concreto de su hija menor de edad.

Luego de citar la Constitución Nacional y la Carta Magna Provincial, normativa supranacional - principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño- como así también leyes nacionales y provinciales, se explayó sobre el trabajo que en la actualidad se cumple a través del Centro Educativo Terapéutico de la Fundación “Mensajes del Alma”, quienes específicamente se especializan en tratamientos vinculados a la patología de su hija.

Refiere que realizó diversos reclamos ante el IPAUSS para obtener el reconocimiento y reintegro de los gastos originados en tales tratamientos, con resultado negativo.

Asimismo expone que la obra social no ha cumplido con su obligación legal, al no contar con personal capacitado que pueda hacerse cargo del tratamiento de su hija; ello, a pesar de haberse esgrimido la firma de un convenio con la institución APAdEA. Por tal razón, se ha visto obligada a solventar un tratamiento acorde a la dolencia de su hija menor. Por último, pregona las ventajas del tratamiento que está desarrollando su infante, con cita de doctrina y jurisprudencia que considera aplicable al caso.

III. Corrido el pertinente traslado, fue contestado a fs. 219/229. Se dice que el IPAUSS cuenta con terapeutas en la ciudad de Río Grande capacitados por APAdA en el tratamiento cognitivo-conductual requerido por la madre de la menor. – v. fs. 222, último párrafo.-.

Agrega que dichos profesionales se encuentran atendiendo a dos afiliados en Río Grande y desempeñan su labor bajo la supervisión de APAdA, entidad que para tal cometido destaca sus propios profesionales cada tres meses en dicha ciudad.

Expresa que la amparista persigue la contratación por parte del IPAUSS de los servicios de la fundación “Mensajes del Alma” a fin de que capacite a los profesionales del IPAUSS para el tratamiento de su hija, siendo que la atención se encuentra plenamente garantizada bajo la cobertura ofrecida a través del convenio celebrado con APAdA.

Coincide con el argumento de la Cámara de Apelaciones, en cuanto corresponde juzgar en autos si la conducta del IPAUSS es arbitraria o ilegítima, y que la dilucidación de la conveniencia de las prestaciones médicas no han sido objeto de la litis y excede el marco de conocimiento que caracteriza al proceso escogido.

En cuanto a las expresiones de la accionante relativas al éxito del tratamiento que lleva adelante, afirma que son una reedición de cuestiones ya propuestas, debatidas y resueltas en las instancias precedentes; constituyendo una afirmación dogmática, por cuanto no denota una infracción o errónea apreciación del derecho de fondo o de forma de la sentencia atacada, sino una mera discrepancia con los criterios de opinión del Tribunal.

Resume su postura expresando “En consecuencia, el afiliado tiene derecho a exigir que las prestaciones médicas que requiera sean satisfechas por su obra social (garantizándose de esta forma el cumplimiento de la normativa que cita el accionante); empero, no puede obligar a su obra social a la contratación de un prestador en concreto. Ello, es facultad exclusiva de la obra social”. –v. fs. 226, último párrafo -.

Respecto al hecho nuevo denunciado por la casacionista, expone que sólo se ha presentado un informe que no trasunta ningún hecho, pretendiendo utilizar esta figura para introducir documentación en la presente etapa procesal. Además expone que el informe emitido por la fundación “Mensajes del Alma” carece de fecha cierta, existiendo elementos que denotan su confección en el año 2006, intentando su introducción, en autos, un año después.

IV. A fs. 241/243, se concedió el recurso extraordinario de casación articulado por la amparista.

V. Recibidos los autos, se ordenó correr vista al Señor Defensor ante este Tribunal en los términos del art. 68 inc. a) de la ley 110, quien se expidió a fs. 248/250. Señala que por tratarse de una menor con un cuadro de discapacidad, y conforme el derecho a la salud y a la integridad psicofísica de las personas, debe seguirse el tratamiento con la entidad Mensajes del Alma “...hasta tanto se demuestre que el Estado en la persona del IPAUSS cuente con un espacio terapéutico acorde al requerimiento de los profesionales tratantes de la menor...” -v. fs. 250 ap. IV-.

VI. Mediante el dictamen de fs. 252/262, el Sr. Fiscal ante este estrado propone una serie de medidas “a fin de posibilitar que la atención se brinde por quien la viene tratando” -v. fs. 261 vta, in fine- debiendo ser solventado el costo por el IPAUSS y en caso de exceder el autorizado reglamentariamente, gestionándose la diferencia ante el Gobierno Provincial.

Efectuado el sorteo del orden de estudio y votación, tras la deliberación se ha decidido considerar las siguientes

CUESTIONES

Primera: (debe hacerse lugar al recurso?)

Segunda: en su caso (que pronunciamiento corresponde dictar?)

A la primera cuestión el Dr. Sagastume dijo:

I. Corresponde en forma preliminar, trazar un esbozo de los elementos que configuran el recurso extraordinario de casación, el cual ha sido definido como un “medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley substantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio. He aquí expuestos, en la síntesis de la definición, los elementos esenciales de la institución, contemplada desde el exclusivo e inevitable punto de vista procesal: el recurso se refiere únicamente a las cuestiones de derecho, sustantivo o adjetivo, lo cual implica la exclusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas...” (Fernando De la Rúa, “La casación penal”, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 23).

El fin último, entonces, consiste en lograr la integridad y validez del acto jurisdiccional con sujeción a las normas de derecho, de fondo o de forma.

Por lo tanto, resulta evidente que no se está ante una tercera instancia cuyo fin sea revisar los hechos establecidos por las instancias de grado.

Sin perjuicio de ello, este Tribunal ha dejado sentado que “En cambio, sí es de resorte de la casación controlar que la motivación de la sentencia del juez o tribunal de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa; la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante; la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final; que sus conclusiones respondan a las reglas del recto entendimiento humano; y que esa motivación resulte bien emitida, con ajuste a las formas prescriptas”. (“Finocchio, Jorge Alberto s/ Pto hurto (Dte. Agustín Vidal Marinkovic)” – expte N° 610/03 STJ-SR – Libro IX, f° 410/417).

II. El fin del presente amparo reside en que el IPAUSS contrate personal capacitado para realizar el tratamiento de la menor, por cuanto -según expone la amparista- en la actualidad tal ente no dispone de un plantel profesional suficientemente capacitado para llevarlo a cabo. Asimismo, APAdA -institución con la cual el IPAUSS celebró convenio- tampoco dispone de la cobertura necesaria para atender tales requerimientos.

Por tal razón, se solicita la celebración de un acuerdo del IPAUSS con la fundación “Mensajes del Alma”, para que ésta capacite a los profesionales necesarios para tal tratamiento, o bien se disponga el envío de éstos desde la Provincia de Buenos Aires, lugar donde funciona dicha institución.

Las instancias precedentes se han exployado en forma suficiente sobre el plexo normativo constitucional y supranacional que otorga plena legitimidad al reclamo formulado por la amparista. Merecen especial mención la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2 – a raíz de la consideración de la salud como factor coadyuvante al derecho a la vida); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23); Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego A.I.A.S (arts. 14 inc. 2, 20 y 53) y Ley Provincial N° 48; entre otras.

En virtud de la trascendencia del derecho a la salud como inherente a la condición humana, debo señalar que en el sub iudice el análisis debe centrarse, ineludiblemente, en establecer si el tratamiento propuesto resulta acorde a la discapacidad de la menor en cuanto manifestación concreta del salvaguardo de su salud que, como claramente estableciera la Corte Suprema, se relaciona de manera directa con el derecho a la vida.

En efecto, el máximo Tribunal Federal ha dicho “Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido

por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931).

“Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.

“En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1°). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación..." (art. 2). El Ministerio de Salud, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde "articular y coordinar" los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados "en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país" (arts. 3°, 4°, 7°, 15, 28 y 36) (Fallos: 323:3229). (“Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”).

Emerge sin hesitación que el Estado debe en un sistema de cobertura universal asegurar el necesario tratamiento de la persona afectada en su salud, ya que -conforme expresa el aludido fallo- “De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”.

III. Si bien es cierto es que, conforme fuera dicho en la sentencia recurrida, no corresponde a los afiliados la elección de quienes deben proveer las prestaciones de la obra social, también debe tenerse en cuenta que el límite a tal facultad estriba en una correcta prestación del servicio conforme a las pautas requeridas por la dolencia del afiliado, derecho reconocido tanto en el derecho nacional como supranacional.

En tal sentido, no surge acreditado en autos el otorgamiento por parte de la obra social de un tratamiento acorde al cuadro presentado por la menor. Cabe señalar que conforme el certificado de discapacidad extendido por la Subsecretaría de Salud Pública a través de la Dirección de Fiscalización Sanitaria Zona 1 (fs. 2), S.C.F padece un cuadro de “epilepsia de curso desconocido-severa secuela neurocognitiva y conductual”, y conforme el certificado de la Clínica CEMEP que en copia certificada obra a fs. 59, suscripto por la Dra. Silvia Tenenbaum (médica del servicio de neurología del Hospital de Pediatría “Garrahan”), la paciente se encuentra en tratamiento con excelentes resultados y requiere la continuidad del mismo.

Si bien se ha acompañado el convenio celebrado con la institución APAdA (fs. 85/86), y al contestar el traslado el IPAUSS expone que al presente cuenta con tres terapeutas en la ciudad de Río Grande capacitados en el tratamiento cognitivo-conductual reclamado por la madre de la menor, la obra social no ha presentado un informe circunstanciado sobre el tipo y metodología del tratamiento a seguir, lo cual sí ha efectuado el centro que actualmente realiza el seguimiento de la menor -v. fs. 8/25-.

Si bien la documentación de fs. 188/206 no refleja un hecho nuevo, sus consideraciones no hacen otra cosa que confirmar lo sostenido supra y guarda directa relación con elementos ya aportados a la causa por la fundación “Mensajes del Alma” y su estrecha relación con el objeto excluyente del presente amparo: el

correcto tratamiento de la discapacidad de la menor en salvaguarda de su derecho fundamental a la salud.

Allí se han expuesto los avances de la paciente en distintas áreas: socialización, comunicación y lenguaje, autovalimiento, juego y actividades académicas, entre otras.

Inclusive, conforme surge del certificado obrante a fs. 196, suscripto por la Sra. Directora de la Escuela Provincial "Los Cauquenes", la menor S.C.F es alumna de dicho establecimiento y durante el ciclo lectivo 2006 se realizaron tareas conjuntas entre la escuela y la fundación "Mensajes del Alma" dirigidas a lograr su integración, asistiendo al principio una vez por semana en horario completo pasando luego a tres veces semanales con una integración completa a las tareas escolares.

Cabe también, hacer mención al certificado del Hospital Regional de Río Grande extendido en fecha 07/05/2007 por la médica pediatra Andrea Maneiro (fs. 195), quien hace referencia al tratamiento de la paciente bajo la supervisión de la aludida institución con muy buena evolución y progresos que superaron las expectativas iniciales, por lo cual indica la continuación de la terapia con el mismo equipo interdisciplinario.

Reviste suma importancia lo expuesto por dicha profesional al final del certificado en relación a la programación y ejecución del tratamiento: "ya que cualquier cambio en el mismo podría perjudicar y/o producir retrocesos en su desarrollo".

Ello amerita la extrema prudencia que debe darse al tratamiento de la situación, lo cual conduce a la necesidad de que la obra social brinde la suficiente seguridad en cuanto a la viabilidad del espacio terapéutico que se ofrezca para reemplazar al actual, ya que de no adecuarse a las necesidades de la menor se correría el serio riesgo de caer en un pronunciado retroceso, con las obvias consecuencias perjudiciales para el desarrollo de la infante.

El conjunto del plexo normativo referido a la discapacidad, enarbola conceptos tales como la asistencia, la rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social y laboral.

En tal línea de análisis, la Corte Suprema de la Nación en el caso "Ruiz, Daniel O. y otra c. Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán" - 14/11/2006, R. 945 - XLI, LA LEY 05/04/2007, 6 - web. www.laleyonline.com.ar - de características similares al presente y también citado en el escrito casatorio, señaló "Que la decisión del a quo transcripta anteriormente, es del todo clara en punto a que la demandada se encuentra obligada a otorgar "íntegramente" la cobertura prevista en la ley 24.901 al menor M. R. M. No existe en este tema, por ende, perjuicio que sustente la apelación... Que un resultado opuesto se impone en cuanto la recurrente impugna que, según la sentencia, dicha cobertura deberá ser efectuada por la demandada a través de los servicios propios o contratos que "ésta dispusiese". En efecto, al pronunciarse de tal modo, el a quo ha dejado sin resolver un aspecto central y específico de la causa, objeto de reclamo, debate y prueba, como lo es el relativo a las modalidades o características del tratamiento y al tipo de prestaciones a ser otorgadas, máxime cuando los antecedentes terapéuticos relativos al menor, prima facie considerados, indican que la cuestión guarda nexo directo con la ley citada en la medida en que ésta, por un lado, dispone que "cuando una persona con discapacidad presente signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación" (art. 12), y, por el otro, prevé la intervención de equipos interdisciplinarios (v. gr.: arts. 11, 12 y 15)."

Es de interés recalcar que en el dictamen de la Procuración del Tesoro emitido en dicha causa, se dijo: "Todo indica, conforme a lo expuesto, que el menor debe continuar bajo la cobertura del equipo interdisciplinario que lo viene tratando con buenos resultados (v. fs. 257/259, en especial el título: "Comportamientos adquiridos luego de 45 días de tratamiento"), máxime si se piensa que, en la delicada situación en que se encuentra el niño, un cambio del tratamiento al que ha respondido favorablemente, y con el que cabe presumir que se encuentra familiarizado, podría significar un retroceso de difícil o insalvable recuperación".

Por las razones hasta aquí expuestas considero que corresponde al IPAUSS abordar el estudio específico de la discapacidad de la menor, y de esa forma establecer en forma clara y concreta el tipo de tratamiento

terapéutico a seguir, con especificación del tipo de capacitación de los profesionales que se encarguen de su seguimiento. Lo fundamental, reitero, finca en establecer un plan de trabajo que se adapte al cuadro que presenta la menor para de esa forma efectivizar el derecho a la salud, principio y derecho profundamente unido a la dignidad humana.

Mientras ello no acontezca, corresponde que el IPAUSS se haga cargo del costo del tratamiento que actualmente se lleva adelante con la fundación "Mensajes del Alma". Como consecuencia lógica de lo dicho, la obra social deberá continuar afrontando los gastos inherentes a la atención de la paciente.

En mérito a las consideraciones hasta aquí expuestas, a la primera cuestión, me pronuncio por la afirmativa.

Es mi voto.

A la primera cuestión el Dr. Robbio dijo:

Comparto plenamente la solución propiciada por el colega preopinante, adhiriendo a la postura allí sentada. Por lo expuesto, voto por la afirmativa.

A la primera cuestión la Dra Battaini dijo:

Coincido en su totalidad con los fundamentos vertidos y solución propuesta. En razón de ello adhiero, votando por la afirmativa.

A la segunda cuestión el Dr. Sagastume dijo:

Conforme lo dicho al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la amparista, ordenando al IPAUSS la cobertura del costo del tratamiento bajo el cual se encuentra la menor S.C.F con la fundación "Mensajes del Alma" hasta tanto dicha obra social establezca en forma clara y concreta la clase de tratamiento terapéutico a seguir, con especificación del tipo de capacitación de los profesionales encargados del mismo y la delimitación concreta del espacio terapéutico acorde a la discapacidad de la menor. Atento la naturaleza de la cuestión debatida en autos propongo que las costas, en todas las instancias, sean distribuidas en el orden causado.

Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. Robbio dijo:

Por concordar con la propuesta formulada en el voto precedente, adhiero a lo allí sostenido.

A la segunda cuestión la Dra Battaini dijo:

Hago propia la solución que propicia el colega preopinante, votando en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 14 de septiembre de 2007.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1(- HACER LUGAR al recurso extraordinario de casación interpuesto a fs. 207/217vta y, en consecuencia,

CASAR la sentencia de segunda instancia, sustituyéndola por otra conforme a la cual se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el IPAUSS, ordenando a la obra social la cobertura del costo del tratamiento bajo el cual se encuentra la menor S.C.F con la fundación “Mensajes del Alma”, hasta tanto dicha obra social establezca en forma clara y concreta el tipo de tratamiento terapéutico a seguir, con especificación de la clase de capacitación de los profesionales encargados del mismo, y la delimitación concreta del espacio terapéutico acorde a la discapacidad de la menor. Ello, fijando como prioridad su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social y laboral. Con costas, en todas las instancias, por su orden.

2(- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo: Dres. Carlos Gonzalo Sagastume –Juez-; Mario A. Robbio –Juez-; María del Carmen Battaini –Juez-.

Secretario: Jorge P. Tenailon.

T XIII– F° 511/519.