

San Carlos de Bariloche, 18 de septiembre de 2013.-

--- VISTOS: Los autos caratulados “THOSTRUP, Claudia C/ OSPAT S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 24638/13; y

--- CONSIDERANDO:

--- 1) Que la actora Sra. Claudia Thostrup inicia las presentes actuaciones en representación de su hijo menor Matías Ignacio Zurdo, a los fines de interponer acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Provincial contra OSPAT, en razón que su hijo menor (de 4 años de edad) presenta desde el año 2011 TGD (trastorno generalizado del desarrollo) y se atiende desde marzo de 2012 en el Centro de Neurociencias Bariloche, con tratamientos de fonoaudiología, psicología, terapia ocupacional y musicoterapia, logrando un gran avance gracias a la atención allí recibida.-

--- Que la Obra Social en marzo de éste año cambia de centro por Painamal a todos sus afiliados; realizando reclamo contra la misma a través de carta documento que acompaña (ver fs. 34). Dicha requerida responde en forma verbal rechazando la continuidad del tratamiento en el mencionado centro asistencial.-

--- En definitiva, solicita la amparista que se mantengan los tratamientos en el centro que actualmente está, ya que en el mismo el menor recibe un trato personalizado, ya que el trabajo se realiza en forma grupal y con niños con diferentes discapacidades, y el menor necesita que su tratamiento sea individual.-

--- 2) Conferido el correspondiente traslado y pedido de informes a OSPAT la misma contesta a fs. 42/46 interponiendo excepción de incompetencia y solicitando en subsidio el rechazo de la acción intentada.

--- A tal efecto reconoce que el menor Matias Ignacio Zurdo es afiliado de dicha obra social; habiendo cumplido la misma con la totalidad de sus obligaciones durante todos los años que continúa en la afiliación. Destaca que si bien la obra social había decidido concentrar la atención de sus afiliados en el Centro Painamal, jamás se ha dejado de ofrecer la cobertura hasta tanto se proceda al traspaso. Señala también en su contestación que no existe evidencia médica en la que se pueda sostener que el cambio de un centro al otro pueda producir un retroceso en la evolución del menor.

--- Reitera que tiene la facultad de decidir respecto de los prestadores que pertenezcan a su cartilla. Dice que para su cobertura, el artículo 39 de la ley 24901 avala que es la obra social la que propone los centros de atención. Si no se le proporcionaran los

prestadores necesarios por carencia de ellos o porque no son adecuados para su tratamiento, podría efectivizarse por la vía de reintegros el tratamiento que amerite la persona con discapacidad. Sostiene entonces que debe desestimarse el amparo, con imposición en costas.

--- 3) Dichos planteos de la obra social son contestados por la amparista acompañando certificado del médico que atiende al menor Matias Ignacio conforme fs. 61.

--- 4) DECISORIO: tal como han quedado planteadas las cuestiones en autos, cabe analizar si la posición asumida por la obra social es legítima y justificada y si ha respondido en debida forma a las obligaciones que le caben de conformidad a la normativa vigente.

--- 5) En primer lugar corresponde tratar la excepción de incompetencia interpuesto por la obra social, de la cual contestó la vista correspondiente el Agente Fiscal.

--- En dicha intervención el Agente Fiscal opinó que este tribunal es competente para intervenir en virtud de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia y de este Tribunal que cita en su dictamen de fs. 48/50.

--- Teniendo en cuenta lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal y lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en autos "Arvigo Carolina y otro s/amparo s/apelación" (Expte. N° 25172/11-STJ-), con fecha 27.06.11, reiterado en sucesivos fallos, habremos de rechazar la excepción de incompetencia deducida por la demandada.

--- En dichos autos, el máximo tribunal provincial hizo suyo el dictamen de la procuradora a fin de desechar no sólo la excepción de incompetencia articulada, sino, además, para admitir el planteo de fondo.

--- 6) En punto a la procedencia de la acción de amparo, sabido es que éste es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales (cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, LL.18-05-01, N° 102.015; STJRNCO., Se. N° 150 del 28-11-01, \\\"ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación\\\"; STJRNCO., Se. N° 151 del 4-12-01, \\\"GARRIDO, Antonio s/Mandamus\\\". Ello es así, porque la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que, dada la situación de urgencia de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que

no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los actos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (cf. STJRNCO., Se. N° 150 del 28-11-01, \\\"ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación\\\", Expte. N° 16272/01-STJ).-

--- Se observan inicialmente los elementos de pertinencia en cuanto a excepcionalidad, singularidad extrema, superlativa urgencia, gravedad e inexistencia de otras vías en eficacia y en tiempo atento el grave cuadro de salud presentado en autos. Se ha dicho que: "El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente el de la preservación de la salud, no necesita de ningún tipo de justificación sino que, por el contrario, debe justificarse la restricción pública o privada que se haga de ellos" (conf. Lovece, Graciela, \\\"El derecho civil constitucional a la salud. Circunstancias del cumplimiento\\\", Ed. LexisNexis, JA. 2003-I-493; cf. "RIVERO", Se. N° 75/06).-

--- El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33, C.N. es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida –principio de autonomía- (art. 19, C.N.).-

--- Ha quedado expresado en reiteradas oportunidades que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. \\\"c\\\" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Se. N° 41 del 4-05-2005, \\\"SALAZAR, ANA s/AMPARO s/APELACIÓN\\\"; "RIVERO", Se. N° 75/06, y otros).-

--- Este Tribunal en casos similares ha ponderado que por sobre cualquier otro interés, se encuentran el derecho a la salud y el plus de protección que merecen las personas con discapacidad, reconocido a través de garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y distintos antecedentes jurisprudenciales; habiéndose resaltado que el acceso al cuidado de la salud como derecho esencial y bien social que hace a la dignidad

humana -tal como reza el art. 59 de la Const. Pcial.- se erige aquí como principal fundamento para el progreso de la acción.-

--- Se ha señalado que a través de distintos fallos (tal como "CAMBIASO") la Corte Suprema estableció su criterio con respecto a la cobertura integral de salud que, las obras sociales como la aquí demandada, deben brindar a sus afiliados que sufren de alguna discapacidad.-

--- Nuestro Superior Tribunal de Justicia en el precedente "ARIAS" sostuvo que las características que el legislador ha otorgado al sistema de la Ley N° 24901 son: a) un sistema de prestaciones básicas, pero de atención integral; b) la cobertura de esas prestaciones será integral, es decir, al 100%; c) los objetivos del sistema son múltiples: prevención; promoción (sobre todo a cargo del Estado, pero también de las obras sociales y prepagas por el art. 5 de la ley); asistencia, protección de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.-

--- Se enfatizó que en todos los casos se debe brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester; por el tiempo y las etapas que cada caso requiera.-

--- Dicho Tribunal Superior ha dicho que en conflictos de esta naturaleza (entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud) corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa con relación a la confiabilidad de lo que indica a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza; (Cf. "BENESES, ELIDA BEATRIZ s/AMPARO", Se. N° 88/08 y en "MARTINEZ, SUSANA MABEL s/AMPARO" Se. N° 99/08). Además en el precedente ALTAMIRANO, Se. 25/10, dicho cuerpo sostuvo que las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no puede negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante.-

--- Dicha conclusión es aplicable al caso de autos desde el momento que los médicos tratantes han determinado que no es bueno para el menor cambiar de centro médico ni de lugar de atención.

--- No debe permitirse que el derecho a la salud sea una simple declaración transformándose en una ficción, sino que debe ser reconocido en la realidad. Debe responderse adecuadamente a los requerimientos de los médicos tratantes, en la forma y tiempo que estos indican para un mejor tratamiento de la enfermedad, y calidad de vida. También se ha resuelto que: "Seguramente habrá de apelarse reiteradamente al sistema

axiológico de la Constitución, tanto en su versión sesquicentenaria cuanto en sus actualizaciones ulteriores, con más el aporte del derecho judicial y del derecho internacional de los derechos humanos, para darse cabal cuenta de que la salud ostenta un valor, una valiosidad, una calidad de bien jurídico colectivo como para reconocerle, atribuirle y garantizarle el derecho a cuantas coberturas -individuales y colectivas- tengan que suministrarle según cada caso, cada momento, cada situación" (S.T.J. Se. n° 75/03 "Gutierrez", se. 44/04).-

--- En el conflicto entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud, resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente. El médico tratante, especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar si su paciente realmente necesita el tratamiento que su ciencia determina, teniendo en cuenta su alcance, forma y periodicidad del mismo.

--- Máxime cuando al derecho a una salud integral se le otorga (conforme los antecedentes descriptos) un mayor valor normativo por sobre otros derechos pues se considera al primero como uno de los derechos humanos fundamentales de cualquier ciudadano. El STJ en su nueva integración se ha expedido en igual sentido en autos "TELLEZ PEDRO GUSTAVO c. IPROSS AMPARO s/INCIDENTE ART 250 CPCC S/ APELACION" Expte. 26200/12; "SOTO, ROSANA YANINA EN (REP HERNANDEZ, PABLO ENRIQUE) C/MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DE RÍO NEGRO-amparo (E-S) S/INCIDENTE ART. 250 CPCC (F) S/APELACION" (Expte. N° 26204/12-STJ-), entre otros.-\n--- Atento ello corresponde hacer lugar al amparo interpuesto condenando a la obra social a cubrir los gastos y/o honorarios correspondientes para la continuación del tratamiento que el menor Matias Ignacio Zurdo requiera conforme lo determina su médico tratante (ver fs. 20 bis) consistente en tratamiento interdisciplinario de fonoaudiología, psicología, terapia ocupacional y musicoterapia en el Centro de Neurociencias Bariloche, debiendo abonar a dichos profesionales las facturas pendientes de pago hasta la fecha del presente decisorio (conf. fs. 29).

--- Por todo lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

--- I) CONDENAR a la Obra Social del Personal de la Actividad del Turf (OSPAT) a mantener la cobertura del tratamiento interdisciplinario en el Centro de Neurociencias Bariloche a favor del menor Matias Ignacio Zurdo consistente en fonoaudiología, psicología, terapia ocupacional y musicoterapia como asimismo abonar los gastos y/o

honorarios pendientes de pago hasta la fecha del presente decisorio

--- II) DISPONER la notificación a las partes por Secretaría, registro y protocolización de la presente.-

MARINA VENERANDI JUAN A. LAGOMARSINO RUBEN O. MARIGO
Jueza de Cámara Presidente Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario