

INTERPONGO RECURSO DE CASACION.

CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SALA IIª.

**JUICIO: “FERRACO EMILIANO TOMAS Y OTRA VS. INSTITUTO DE PREVISIÓN Y SEGURIDAD SOCIAL DE TUCUMÁN Y OTRA S/AMPARO”.
Expte. N° 359/18**

EMILIANO TOMAS FERRACO, actor en la presente causa, de las demás condiciones de autos, a V.E. respetuosamente digo:

I.- OBJETO.

Que en legal tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 748 y ss. del CPCC de Tucumán, de aplicación en la especie en razón de lo dispuesto por el artículo 79 del CPA de Tucumán, vengo a interponer RECURSO DE CASACIÓN contra la Sentencia N° 486 de fecha de fecha 30/08/2019, en particular contra el Punto II de aquella en cuanto hace lugar parcialmente a la acción de amparo, y contra el punto IV de la misma en cuanto impone costas por el orden causado.

II.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD.

Que en orden a los requisitos de admisibilidad del presente remedio procesal, entiendo que los extremos previstos en el art. 754 del CPCyC se encuentran satisfechos por cuanto:

a) La resolución impugnada dictada por la Excma. Cámara Contencioso Administrativa pone fin a la petición efectuada, impidiendo su reedición o subsanación ulterior, y en tal sentido es definitiva, concretando la hipótesis prevista por el art. 748 del CPCC de Tucumán.

b) La resolución objeto del recurso fue notificada a esta parte en fecha 06/09/2019, a mérito de la cédula notificada en el estrado digital de la Excma. Cámara, razón por la cual este remedio procesal se interpone dentro del plazo legal (art. 751 del CPCCT).

c) Respecto al depósito a que hace referencia el art. 752 del CPCyCT, entiendo resulta aplicable a la cuestión la jurisprudencia de la CSJT según la cual, en razón de lo dispuesto por el art. 24 del Código Procesal Constitucional, resulta innecesario en los amparos el depósito que comúnmente se exige a los fines de la casación (cfr. CSJTuc: 30/11/2004, “García Carlos Alberto vs. Obras Sanitarias de Tucumán s/ Amparo”, sentencia N° 998; 12/12/2006, “Sanguino Adelaida Victoria vs. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ Amparo constitucional a la salud”, sentencia N° 1196; 13/11/2008, “Acosta Rosario Andrea vs. Provincia de Tucumán y otros/ Amparo, sentencia N° 1139; entre muchas otras).

d) Por lo demás, el escrito del recurso de casación se basta a sí mismo, contiene una relación completa de los motivos de casación que se alegan, se invocan las normas que se estiman violadas, se propone la doctrina legal que se considera correcta, y cumple con los extremos de la Acordada N° 1498/18.

III.- SUSCINTA MENCIÓN DE LOS HECHOS.

La acción de amparo incoada en contra del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (IPSST), Obra Social Subsidio de Salud, tiene por objeto obtener la cobertura integral de los servicios de psicología, fonoaudiología, terapia ocupacional y psicopedagogía/pedagogía, que demanden el tratamiento de nuestro hijo Tomás Ferraco, **a través de los profesionales que lo vienen tratando.**

Y contra la Provincia de Tucumán, para que esta tome a su cargo la cobertura integral y permanente de los gastos totales referidos a los servicios de una maestra de apoyo a la integración escolar, y transporte especial para su traslado para las terapias enunciadas en primer término.

Tomás tiene actualmente 6 años, con diagnóstico de autismo, cursa el primer grado del Colegio Guillermina, y está siendo abordado por un Equipo Interdisciplinario que le provee de tratamiento psicológico, fonoaudiológico, terapia ocupacional, integración escolar y pedagogía.

IV.- FUNDAMENTOS.

IV.1.- En primer lugar, se agravia esta parte por cuanto la sentencia impugnada **no hace lugar** a la cobertura de la prestación de **terapia ocupacional** a través de la profesional que actualmente lo viene tratando a Tomás

(Lic. Jimena Fernández Cornejo), sino que resuelve que dicha prestación debe ser provista a través de un prestador que prevea la Obra Social.

Para resolver así, el Excmo. Tribunal ha considerado que:

“Corresponde señalar que no se encuentra acreditado en autos el tratamiento de Terapia Ocupacional que llevaría adelante Tomás con la Lic. Cornejo, por no haberse acompañado ningún elemento que respalde tal invocación.

En este aspecto, considero que la recomendación del cuerpo de peritos médicos en punto a la continuidad de los servicios de rehabilitación con los mismos profesionales, debe quedar circunscripta a psicología y fonoaudiología, puesto que ningún aporte documental logra cimentar la convicción de que existe, en curso, un tratamiento prestado por aquella profesional y que merezca la excepcionalidad que aquí se concede respecto de las otras prestaciones analizadas.

Esta afirmación se encuentra refrendada por los dichos de la progenitora de Tomás, cuando, en ocasión de ser entrevistada por auditores del IPSST- manifestó que el niño actualmente recibe todas las demás terapias que reclama en autos, y no mencionó Terapia Ocupacional ni a la profesional Cornejo. Así fue informado a fs. 57 y dicho instrumento no fue impugnado en autos.

Ello -quizás- explica por qué no se acompañó en autos informe ni presupuesto de la citada profesional, que dé cuenta del trayecto que viene transitando junto al menor, y que justifique la cobertura excepcional -en este sentido- que se reclama en autos.

Así las cosas, corresponde condenar al IPSST a brindar las prestaciones de psicología y fonoaudiología con las Lic. Nora Abate de Tadeo y Claudia Gurevich, respectivamente, por 8 sesiones mensuales; y prestación de Terapia Ocupacional a través del prestador que prevea los mecanismos de la Obra Social, por 8 sesiones mensuales, por todo el tiempo que Tomás lo requiera.”

Así las cosas, entiendo que el Tribunal prescindió injustificadamente de algunos elementos probatorios pertinentes para llegar a tal conclusión, incurriendo en inobservancia de las reglas de la sana crítica.

Si bien es cierto que el informe de fs. 116 (o fs. 57 según se refiere en la sentencia) elaborado por el IPSST en fecha 27/08/2018 no contiene mención al servicio de Terapia Ocupacional ni a la profesional Cornejo, no menos cierto es que, generalmente, este tipo de informes no son un fiel reflejo de lo sucedido –en este caso de lo expresado por la entrevistada- sino más bien un acto recreativo de aquello que el

agente público recuerda de la entrevista realizada, pues es evidente que el informe no se realiza *in situ*, sino que se elabora con posterioridad a la entrevista. Por otro lado, no debe perderse de vista, que dicho informe fue producido por la propia demandada, como medio probatorio que hace a su propia defensa dentro del proceso. De allí es que se deba extremar el examen valorativo de este informe, debiéndose exigir que lo narrado tenga su correlato con otras pruebas cargosas. Ello se ve especialmente acentuado cuando se corrobora que el informe no fue firmado por la entrevistada, es decir, no le fue leído el informe, lo que le hubiera permitido verificar su contenido y corregir cualquier yerro u olvido.

Por el contrario, considero que han sido incorporadas a la causa una cantidad de pruebas materiales que indican, sin hesitación alguna, que la Lic. Fernández Cornejo efectivamente es quien presta el servicio reclamado, y que por lo tanto debe seguir al frente de dicho tratamiento.

En efecto, la prestación de Terapia Ocupacional a través de la Lic. Fernández Cornejo se encuentra debidamente acreditada tanto por la prueba documental acompañada por esta parte actora (ver Resumen de Historia Clínica de fecha 05/03/2018 emitido por el Médico Pediatra Especialista en Neurodesarrollo Dr. Juan Pablo Molina obrante a fs. 27 donde expresamente se consigna: “*Actualmente realiza tratamiento multidisciplinario, ..., TO (Jimena Fernández Cornejo)*”) como por el informe del Cuerpo de Peritos Médicos Oficiales del Poder Judicial de fs 169 a 171 (en donde a fs. 169 vta. se expresa que “... *Tomás es asistido por el siguiente equipo multidisciplinario,... , terapeuta ocupacional Lic. Jimena Fernández Cornejo...*” y donde se concluye que se considera “... *necesario y adecuado las prestaciones médicas y educativas solicitadas, en forma continua, por los mismos profesionales con los que Tomás logró establecer una transferencia terapéutica positiva...*”). El Historial Médico cobra especial importancia por cuanto fue elaborado por un profesional especialista en la materia, que fue justamente quien diagnosticó a Tomás, y es quien realiza las indicaciones médicas y el seguimiento del tratamiento.

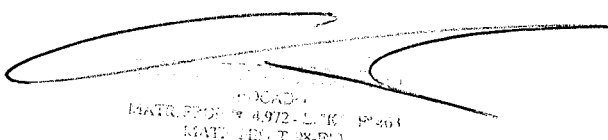
Vale igualmente señalar que tal inteligencia fue recogida por la Resolución Cautelar N° 715/2018, que ORDENA al Instituto de Previsión y Seguridad de la Provincia (Subsidio de Salud), que provea a favor del niño Tomás Ferraco la cobertura integral de los tratamientos de fonoaudiología, psicología y terapia ocupacional con los profesionales tratantes en cada una de las áreas de rehabilitación, y tal decisión no fue cuestionada por la demandada.

De igual modo, la prestación a través de la Lic. Fernández Cornejo queda debidamente acreditada a través de la Resolución N° 1070 emitida por el IPSST en fecha 19/02/2019 (fs. 217/218), la que formalmente entre sus considerandos expresa que “... la Comisión de Discapacidad sugiere otorgar cobertura de tratamiento de rehabilitación, **según indicación médica y planes de tratamientos de los profesionales intervinientes**, de acuerdo al siguiente esquema terapéutico, ..., **Terapia Ocupacional: Lic. Jimena Fernández Cornejo, 2 sesiones semanales...**”.

En síntesis, entiendo que se ha omitido realizar una valoración integral de todas las pruebas conducentes para la solución del caso, violentando las reglas de la sana crítica. Y en especial, en lo que respecta al caso de autos, el sistema de la sana crítica está en armonía con la naturaleza del interés superior del niño, de modo que a través de las reglas de la sana crítica el tribunal precisará el contenido informativo de cada medio probatorio para así calificar su mérito, atendiendo en todo momento que el “*propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño.*” (Comité De Los Derechos Del Niño De Las Naciones Unidas, Observación General N° 14, Mayo 2013, Párrafo 82).

En este sentido, cabe resaltar que el Comité sobre los Derechos del Niño indica que “*la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros.*” (Comité De Los Derechos Del Niño De Las Naciones Unidas, Observación General N° 14, Mayo 2013, Párrafo 80). Esta afirmación se condice con el objetivo de las reglas de la sana crítica pues se otorgará mérito a cada elemento según su propio peso pero también en relación con los demás elementos intervinientes.

En definitiva, se propone la doctrina legal según la cual “*No constituye un pronunciamiento judicial válido la sentencia que al interpretar la prueba se limitó a un análisis parcial de los elementos de juicio, omitiendo la ponderación de otros que, integrados y armonizados con aquellos, podrían resultar conducentes para la solución del pleito, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica corresponde a los medios probatorios*” (CSJN, ‘*Ferreira de Cortez Irene René y otro vs. Peralta Luis Eduardo y otro*’, sentencia del 27/6/2002, Tomo: 325 Folio: 1511)” (CSJT, “*Pallares Raúl Humberto vs. Jaitt Sergio Daniel s/ Cobro de pesos*”, Sentencia N° 1166 (bis) del 26/12/2012).



COPIA
MATR. PROC. 4972-L-16 P. 204
MATR. IND. T. 8X-PJ

Por lo expuesto considero debe hacerse lugar a la pretensión de esta parte, y por lo tanto que el servicio de Terapia Ocupacional ser prestado por la Lic. Fernández Cornejo, en iguales condiciones a las resueltas en la sentencia para psicología y fonoaudiología.

IV.2.- Como segundo agravio debe destacarse lo resuelto por V.E. en materia de costas, al imponer las mismas por el orden causado. Entiendo que el Tribunal se apartó del principio establecido en el art. 26 C.P.C., tomando como fundamento para ello la consideración que *“la condena que se realiza se encuentra más bien vinculada a un objetivo deber de tutela de la salud, antes que a una conducta reprochable por parte de las accionadas”*.

Para así resolver la cuestión, la Excm. Cámara consideró *“... en primer lugar, que la parte actora formalizó el reclamo en sede administrativa únicamente con relación a la prestación de psicología, y que la misma fue acogida sólo parcialmente por el IPSST. En segundo lugar, no consta que se hubiera solicitado la cobertura de las prestaciones de terapia ocupacional ni fonoaudiología. En tercer lugar, se acreditó que dichas prestaciones habían sido cubiertas por la obra social, de acuerdo con el historial de consumo que se glosa en autos, y demás pruebas ya referenciadas. Por último, vale recordar que la pretensión de pedagogía en contra del IPSST fue rechazada por no estar vinculada con una prestación de salud, aspecto que no es dable endilgar a la parte, que pudo considerar que había razones probables para plantear la demanda en los términos en que lo hizo. Respecto a la acción entablada contra la Provincia de Tucumán, es preciso tener en cuenta que los actores solicitaron en sede administrativa -aun cuando fuera de forma verbal- la cobertura de una maestra integradora para Tomás, y que -a raíz de ello- se activaron los mecanismos de evaluación que prevé la normativa para tales supuestos, sin que el trámite pudiera culminar. No hay constancia documental de las razones por las cuales no se concretó la evaluación del menor. Fue recién en el marco de este proceso donde aquello tuvo finalmente lugar, accediendo el Equipo a la continuidad del proceso integrador que lleva a cabo el niño.”*

Todo ello como fundamento único contraría la doctrina legal según la cual *“No resulta arreglada a derecho la sentencia que, sin un argumento atendible, se aparta de la letra expresa del artículo 26 del CPC al imponer las costas por el orden causado pese a haber hecho lugar a la acción de amparo”* (en el mismo sentido *“Ledesma, Roberto Roque vs. Provincia de Tucumán”, Sent. N° 1301 del*

05/9/2017), siendo un fundamento aparente, que no encuentra razón valedera para el apartamiento del principio del art. 26 al que el mismo Tribunal se remite.

Tal como quedó plasmado en el escrito de demanda, tanto el Subsidio de Salud como la Dirección de Discapacidad dependiente del Ministerio de Educación me informaron, verbalmente, que las prestaciones de rehabilitación pretendidas no podían ser cubiertas en el modo y en las condiciones que eran requeridas por Tomás, según su indicación médica. El IPSST lo hizo en ocasión de notificarme de la Resolución N° 3436 de fecha 21/05/2018, respecto a la prestación de psicología (Expte. N° 1-4600-2018); y el Ministerio de Educación el día jueves 17 de mayo de 2018 en cuando mantuve la primera reunión con un abogado de la Dirección de Educación Especial del Ministerio de Educación de la Provincia de Tucumán, sito en calle Santa Fe N° 851, primer piso.

La inteligencia sentencial recurre entonces al argumento de que no nos encontramos frente a un acto administrativo expreso y lescivo.

Todo lo contrario. El art. 50 del CPC Tucumán, establece que la acción de Amparo se deduce contra todo acto, omisión o hecho de órganos o agentes del Estado provincial o entes autárquicos provinciales, o de particulares, que, en forma actual o inminente, viola, lesiona, restrinja, altera o amenaza violar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos, libertades o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución. Por su parte, el art. 51 inc. 2) del CPC Tucumán menciona que la acción de amparo no será admisible contra las leyes u otras disposiciones normativas con fuerza de ley, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado y configure un supuesto del artículo anterior. Pues bien, la denegatoria de un agente del Subsidio de Salud a cubrir una prestación con médica, constituye ciertamente una declaración de un ente, ejerciendo función administrativa. Por ejemplo, al momento de intentar autorizar una orden de laboratorio en el Subsidio de Salud, en la misma ventanilla nos informarán si la misma puede o no ser autorizada. Esto sucede a diario en el Subsidio de Salud, basta con consultar cómo se realiza la atención de los beneficiarios en las ventanillas de autorización. Ahora bien, en caso de que la misma (la orden médica) no pueda ser autorizada (por ejemplo, una droga que no se encuentre en el vademécum, o un análisis no cubierto), se informará de tal imposibilidad directamente en la ventanilla, sin mediar otro acto administrativo formal de tal negativa.

En este sentido el Dr. Julio Comadira nos recuerda que *“la declaración puede ser, además, verbal, si las circunstancias lo exigen o lo permiten. (Cám. Nac. Cont. Adm., Sala III, 4/11/1986, “Allende, Jorge v. Estado Nacional s/Ordinario, especialmente consid. VI, párrafo 1, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes, 113:248.)”* (Comadira, Julio R., Derecho Administrativo: Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios – 2ª ed. – Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003). Tal posibilidad también es aceptada por la LPA, la que en su art. 43 inc. 6º menciona como elemento del acto administrativo, que el mismo se exteriorice expresamente y por escrito, y que sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren, podrá utilizarse una forma distinta.

En el mismo sentido, Juan Carlos Cassagne señala la doctrina que *“de acuerdo con el ordenamiento argentino, el acto administrativo debe expresarse como principio general por escrito, y sólo por excepción pueden admitirse otras formas de documentar la voluntad administrativa (ej. La forma verbal en las órdenes que dictan los agentes de policía), cuando la naturaleza y circunstancias lo permitieren o exigieren”* (Cassagne, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011, T. I, p. 620), situación que se verifica en autos.

Justamente, la excepción queda corroborada por el fundamento de la urgencia del derecho, por la discapacidad de Tomás, que no permite dilación alguna, pues su abordaje requiere ser inmediato.

Por lo que considero que no existen razones suficientes como para apartarse del principio sentado por el art. 26 del CPC.

V.- CASO FEDERAL.

Se sostiene el planteo del caso federal para el supuesto improbable de que no se acogieran las peticiones deducidas, conforme a las prescripciones del artículo 14 de la Ley 48, a fin de articular oportunamente el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por violación de los preceptos constitucionales individualizados en la presentación inicial del escrito de demanda.

VI.- PETITORIO.

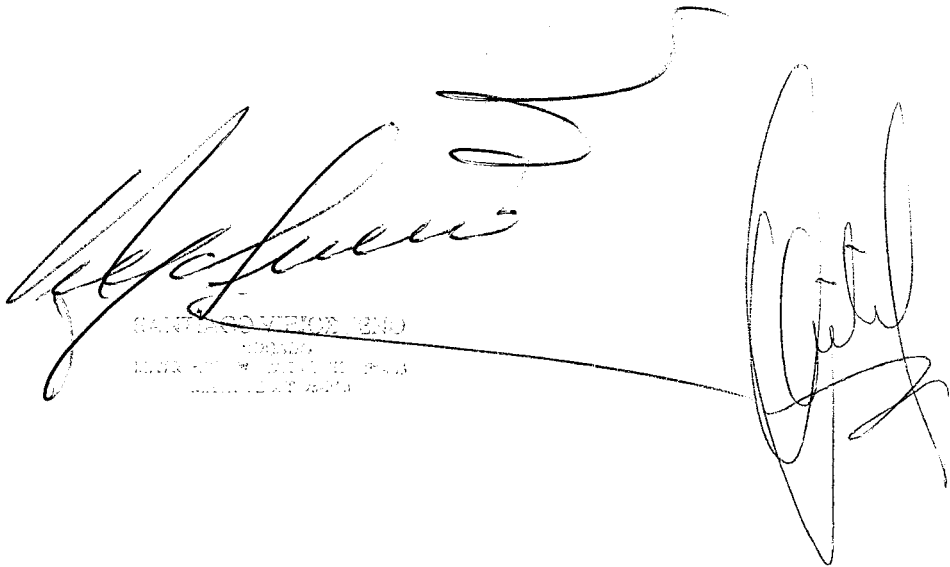
Por lo manifestado a V.E. solicito que:

- 1.-Tenga por admitido el presente recurso de casación

2.- Se haga lugar al mismo casándose la sentencia en las partes impugnadas.

Provea de conformidad y se hará

JUSTICIA



The image shows two handwritten signatures in black ink. The signature on the left is more elaborate, while the one on the right is more compact. Below the left signature is a faint, rectangular official stamp. The stamp contains the following text: "JANUARIUS 1910", "1910", "MAYOR * JUNIOR P. A.", and "MAYOR * JUNIOR P. A.". A horizontal line is drawn across the page, passing through the middle of the signatures.

