

(Tomo 218:399/414)

\_\_\_\_\_ Salta, 09 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_ Y VISTOS: Estos autos caratulados "T [REDACTED], F [REDACTED] I [REDACTED] VS. **INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.S.) - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 39.179/17), y \_\_\_\_\_

**CONSIDERANDO:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 1°) Que contra la sentencia de fs. 149/155 vta. que ordenó al Instituto Provincial de Salud de Salta que dispusiera lo pertinente a efectos de que se brinde a la señora B. L. de T. inmediata cobertura integral del servicio de enfermería domiciliaria todos los días de la semana, durante las 24 horas, mientras su estado de salud determine la necesidad de la misma, la demandada interpuso recurso de apelación a fs. 162. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para así decidir, el señor juez "a quo" consideró que la demandada no controvertió las dolencias y secuelas que aquejan a la madre del amparista, y que, además, al presentar el informe circunstanciado, reconoció expresamente las patologías de la afiliada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Señaló que si bien de los expedientes administrativos que tuvo a la vista, no surge que el actor haya requerido servicio de enfermería por 24 horas, la cuestión a decidir radica en la extensión de la cobertura de las prestaciones solicitadas, toda vez que aún cuando el amparista no hubiera solicitado la prestación ante las autoridades de la demandada, frente al pedido en sede judicial, podría el I.P.S.S. haber satisfecho la petición, dado que estaba al tanto de las dolencias de la señora B. L. de T. que requieren de urgente respuesta. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Ponderó que si bien la demandada autorizó por vía de excepción la cobertura requerida, por el plazo de seis meses, tal situación colocaría al amparista en la necesidad de estar pendiente de renovar el pedido antes de su vencimiento frente a la contingencia de que el demandado -eventualmente- no autorice nuevamente la cobertura. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sostuvo que la omisión de otorgar una cobertura total del servicio de enfermería domiciliaria las 24 horas constituye un acto lesivo manifiesto que afecta las garantías constitucionales de la salud, colocando a la afiliada en riesgo desde que de no obtener lo requerido vería reducido o cercenado su derecho constitucional a una existencia digna y decorosa. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Con cita de precedentes de esta Corte alegó que la no adhesión de la demandada a las Leyes 23660, 23661 y 24901, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar medidas razonables para lograr la realización plena de los derechos del discapacitado, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia. Agregó que la Provincia de Salta ha instituido a través de la Ley 7600 un sistema en concordancia con la Ley 24901 (art. 1°), mediante el cual el I.P.S.S. queda obligado a la atención integral de acuerdo a un nomenclador especial (art. 2°), respetando las previsiones básicas de la Ley Nacional. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 164/167 expresa agravios el recurrente. En primer lugar señala que el juez "a quo" realizó una interpretación parcial y errada del derecho a la salud, al entender a éste como

superior e inalienable, puesto que no existen derechos absolutos, sino que deben ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En segundo lugar señala que el decisorio confunde al I.P.S.S. con el Estado Provincial como garante del derecho a la salud; y agrega que su representada -entidad autárquica creada por Ley 7127- posee personería propia y no cuenta con las partidas presupuestarias otorgadas al Ministerio de Salud Pública. Afirma que su mandante otorgó cobertura del 100 % en la medicación prescripta por su galeno, lo que no fue -dice- debidamente meritado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se agravia también de la sentencia, por cuanto señala que la señora B. L. de T. posee también afiliación al P.A.M.I., circunstancia que fue obviada por el juez del amparo, al condenar solamente a su parte. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A su vez, señala que el juez "a quo" menciona un contexto normativo erróneo afirmando que la procedencia de la cobertura solicitada no compromete el patrimonio de la obra social. Agrega que el I.P.S.S. se rige por el principio de solidaridad contributiva y que cualquier alteración comprometería el patrimonio de la obra social, con el riesgo de otorgar ventajas desmedidas para unos en perjuicio de los otros. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Expresa -por último- que la afectación alegada de derechos constitucionales no se probó en autos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 170/176 contesta memorial de agravios el amparista, solicitando el rechazo del recurso, con costas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 194/195 vta. dictamina la señora Fiscal ante la Corte N° 2, y a fs. 196 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 2º) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita e implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 64:137; 65:629; 69:917; 127:315, entre otros). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Así, el amparo constituye un proceso excepcional que exige para su apertura circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de la vulneración de garantías constitucionales pues la razón de ser de la acción de amparo es la de proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. CSJN, Fallos, 305:2237; 306:788, entre otros). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De modo que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna, frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451, entre otros). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 3º) Que en el "sub examine" se encuentra comprometido el derecho a la salud, cuyo reconocimiento parte de concebir al

hombre y a la mujer como unidad biológica, psicológica y cultural, en relación con su medio social y esto implica proteger y garantizar el equilibrio físico, psíquico y emocional de las personas (O.M.S.). La protección que garantizan las normas y preceptos constitucionales no puede estar condicionada a la inclusión o no de los tratamientos en los programas médicos. Ello es así porque el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos no necesita justificación alguna, sino por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser justificada (esta Corte, Tomo 91:603; 125:1027; 142:771; 204:865).

\_\_\_\_\_ Al respecto, esta Corte ha sostenido que el reconocimiento y protección del derecho a la salud surge de diversas disposiciones de la Constitución Nacional, en particular, de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, de la Constitución de la Provincia que en sus arts. 32, 33, 36, 39, 41 y 42 contienen normas concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en numerosos instrumentos regionales e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948, arts. 3° y 25 inc. 2°; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10, inc. 3°, y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2°, 4° y 5°; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2.1; 3.1 y 2°; 4° 1ª parte y 24 inc. 1°, entre otros (Tomo 138:15).

\_\_\_\_\_ El derecho a la salud tiene una visión amplificada cuando se refiere a la discapacidad, así se infiere de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (O.N.U.), suscripta el 13 de diciembre de 2006 mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106. La República Argentina aprobó la Convención y su Protocolo mediante la Ley 26378, sancionada el 21 de mayo 2008 y publicada en el Boletín Oficial el 09 de junio de ese año. Con anterioridad, mediante la Ley 25280, se había aprobado la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Ambos tratados de derechos humanos revisten jerarquía suprallegal, deben ser cumplidos de buena fe y el Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para incumplirlos.

\_\_\_\_\_ En el Preámbulo de la citada Convención se reconoce que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". De este modo se define un cambio de paradigma en las actitudes y enfoques a adoptar respecto de las personas con discapacidad, sustituyendo el modelo clínico que considera a la discapacidad como un problema individual por un modelo social.

\_\_\_\_\_ De esa forma, el art. 1° fija como propósito de la Convención el de "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente", precisando que como mínimo entre las personas con discapacidad figuran "aquéllas que tengan

deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

En el ámbito nacional se ha venido forjando ese cambio de paradigma y en tal sentido se destaca, en materia de salud y discapacidad, la Ley 22431 denominada "Sistema de Protección Integral de los Discapacitados" y la Ley 24901 "Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad". El art. 2° de esta última norma textualmente establece que "Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el art. 1° de la Ley 23660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas". A su vez, el art. 3° de la Ley 24901 modificó el art. 4° primer párrafo de la Ley 22431, el que prescribe que "El Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas". Ello, precisamente, en razón de la obligatoriedad de brindar la cobertura total que el art. 2° de la Ley 24901 impone a las obras sociales. En consonancia con lo expuesto, el art. 4° de esta última ley estatuye que las personas con discapacidad que carecieren de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas a través de los organismos estatales.

Pues bien, ya sea a través de las obras sociales o del Estado el régimen jurídico básico e integral especialmente tuitivo de las personas discapacitadas procura asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social de las personas con discapacidad.

En la Provincia de Salta, mediante la Ley 7600, se ha instituido un "Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad", contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos según Ley 24901" (art. 1°). Por su parte, la norma establece que "Las personas con discapacidad que carecieran de cobertura de obra social o de la seguridad social, serán atendidas por el Estado Provincial con un sistema que contemple las prestaciones básicas de atención integral enunciada en la Ley 24901. El Poder Ejecutivo podrá celebrar los convenios necesarios con el Instituto Provincial de Salud de Salta o con otros organismos no gubernamentales y gubernamentales a nivel municipal, provincial y nacional, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 24901" (cfr. art. 3°).

Bajo estos reconocimientos y parámetros se examinará la cuestión aquí controvertida a instancias de la accionada.

4°) Que en forma liminar debe destacarse que en autos no se ha cuestionado la patología que padece la señora B. L. de T. -demencia vascular con episodios de excitación psicosomática, hidratación parental permanente, alimentación por sonda por trastornos deglutorios y oxigenoterapia permanente por severa dificultad respiratoria-, ni la existencia de su discapacidad, ni su condición de beneficiaria de la obra social. Por el contrario, la obra social ha reconocido expresamente el problema de salud que afecta a la madre

del amparista y, en su informe de fs. 135/139, detalló las distintas prestaciones que le reconoció y acompañó prueba documental (fs. 51/131 Exptes. Administrativos N<sup>os</sup>. 74-10.543/17-0, 74-26.903/17-0, 74-27.083/17-0, Exptes. Administrativos conexos N<sup>os</sup>. 74-36.841/17-0 y 36.842/17-0 en copias).

\_\_\_\_\_ 5º) Que así las cosas, en el caso bajo examen se encuentra comprometido el derecho de una persona con discapacidad a la protección integral de la salud, y a una adecuada calidad de vida, derechos que deben ser tutelados ampliamente.

\_\_\_\_\_ Ya se dijo que la demandada no ha puesto en tela de juicio la patología que padece la madre del actor, y que para subsistir en las condiciones más dignas, necesita recibir atención especializada las 24 horas del día, todos los días de la semana, y de manera urgente. Esa atención, además, por su naturaleza (control de signos vitales, de alimentación parental y de oxígeno terapia; aspiración -en caso necesario-; administración y suministro de medicación intravenosa; entre otras) no puede ser brindada por familiares o ayudantes terapéuticos quienes carecen del conocimiento necesario a tal fin. Esta circunstancia es suficiente para desestimar los agravios consistentes en la supuesta existencia de otras vías aptas que el actor no recorrió. En efecto, si bien la obra social provincial accedió a la cobertura del servicio de enfermería por 12 horas (fs. 34), lo hizo de manera excepcional y por el plazo de seis meses, postura que mantuvo aún después de presentado el informe de fs. 135/139 lo que demuestra, en el caso, que hubiese sido inútil otorgarle la oportunidad de rever su postura en sede administrativa en tanto su conducta es claramente demostrativa de la voluntad de no acceder integralmente a lo solicitado. Por lo demás, tal como lo señaló el juez "a quo" el reconocimiento de la prestación en forma excepcional y por un plazo limitado, coloca al actor ante la necesidad de reiterar, cada seis meses, su solicitud, con la incertidumbre respecto a la continuidad de su prestación. De tal manera, los agravios referidos a la existencia de otra vía, y de haber dado cumplimiento a la prestación solicitada, no pueden prosperar.

\_\_\_\_\_ Se agravia la accionada al señalar que la sentencia cuestionada omitió mencionar que la Ley Provincial de Discapacidad 7600, es la génesis del nomenclador para personas con discapacidad que da origen a la Resolución N° 078-1/10, a través de la cual se crea el "Nomenclador para las personas con discapacidad" y un "Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación", afirmando que es el que resulta aplicable a los presentes autos.

\_\_\_\_\_ Al respecto, cabe traer a colación los antecedentes de esta Corte registrados en Tomo 159:879 y 164:527, en los que en relación a tales alegaciones de la demandada, se ha destacado que si bien ese cuerpo normativo en su articulado menciona la aplicación de las prescripciones dispuestas por la Ley 24901, no está de más tener en cuenta en la especie, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que el carácter operativo de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados con rango constitucional, tornan tales disposiciones aplicables al caso por la jerarquía del derecho a la vida y la salud. Más aún, el Tribunal ha dicho, que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las Leyes 23660, 23661 y 24901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas

razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la discapacitada a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (Fallos, 327:2127).

Los mismos argumentos llevan a desestimar los agravios relativos a la supuesta omisión de considerar el sistema de pago del coseguro a cargo del afiliado.

Que igualmente, debe desestimarse el agravio atinente a la falta de consideración por el "a quo" de los eventuales problemas económicos que el cumplimiento de la sentencia podría irrogar al I.P.S.S. y a los otros afiliados y beneficiarios de la obra social. Al respecto, cabe señalar que tal como lo sostuvo este Tribunal (Tomo 169:589) la demandada no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras.

Por lo demás, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir esas limitaciones, por lo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (cfr. Caputi, María Claudia, "La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales", LL, Suplemento de Derecho Administrativo, 19 de abril de 2005, pág. 21; esta Corte, Tomo 99:185; 146:973).

En el precedente registrado en Tomo 169:589, esta Corte sostuvo que por tratarse de un ente autárquico, la obra social demandada goza de una personalidad jurídica propia y tiene capacidad de administración de sí misma aunque, al ser creada por el Estado para la satisfacción de sus fines, su patrimonio es estatal, siendo su responsabilidad para con los terceros, directa (cfr. Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, págs. XI-4 y XI-5); y que, si bien aquél también debe garantizar el derecho a la salud de los habitantes, tal circunstancia no la exime de cumplir con su obligación en la forma que se dispuso.

Lo expuesto en los párrafos anteriores no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos -distribución de los recursos económicos destinados al área de salud y la protección integral de la salud en relación a los individuos-, pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud del ciudadano por sobre consideraciones de mercado (cfr. esta Corte, Tomo 111:031), máxime cuando -como en el caso- no se ofrecieron argumentos relevantes para desvirtuar este criterio. Sobre el particular es importante destacar que en autos no se ha acreditado, ni se ha ofrecido probar, que exista una desproporcionada magnitud entre la suma de dinero que la obra social debe gastar para cumplir con la sentencia judicial y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial.

Resta considerar el agravio referido a la falta de consideración por el juez del amparo, de que la señora B. L. de T. posee afiliación a otra obra social (P.A.M.I.), pese a lo cual se condenó solamente al I.P.S.S. a la cobertura de todas las prestaciones. El mismo debe ser desestimado por improcedente, toda vez que no sólo no surge de las constancias de autos la mentada afiliación, sino que -además- tal defensa no fue invocada al momento de contestar demanda, lo que impide su consideración como agravio.

6°) Que el apelante no ha demostrado error o desacierto en la sentencia recurrida, pues el juez "a quo" ha analizado y

aplicado correctamente la normativa que rige el caso para concluir que resulta procedente la acción de amparo tendiente a proteger y garantizar las prestaciones que la salud de la madre del actor demanden. En tal sentido, el recurrente no logra refutar los argumentos sobre los cuales se construye el fallo atacado, pues su memorial contiene objeciones generales, sin aportar elementos de juicio que permitan desvirtuarlo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 7º) Que por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del C.P.C.C.). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por ello, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **LA CORTE DE JUSTICIA,** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **RESUELVE:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I. **RECHAZAR** el recurso de apelación de fs. 162 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 149/155 vta. Con costas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II. MANDAR que se registre y notifique. \_\_\_\_\_

(Fdo.: Dres. Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Posadas, Abel Cornejo y Sandra Bonari -Jueces de Corte y Jueza de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).