

(Tomo 243: 01/16)

\_\_\_\_\_ Salta, 29 de junio de 2022.

**Y VISTOS:** Estos autos caratulados **"A., S. A. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte. N° CJS 41.683/21), y \_\_\_\_\_

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

\_\_\_\_\_ 1°) Que contra la sentencia de fs. 17/25 vta. que hizo lugar a la acción de amparo impetrada, el demandado interpuso recurso de apelación a fs. 339/346.

\_\_\_\_\_ En el pronunciamiento cuestionado se ordenó al I.P.S. la cobertura del 100% del módulo maestro de apoyo para la integración escolar de la niña A.O.A. y demás prestaciones de fonoaudiología; terapia ocupacional; psicología; T.C.C. y psicopedagogía; y psicomotricidad, conforme a valores establecidos en la Ley Nacional de Discapacidad 24901, en forma continua e ininterrumpida en la medida de las necesidades y cuando sean prescriptas por los médicos tratantes, sin perjuicio de las facultades de control, auditoría y dirección del I.P.S. Dispuso también el reintegro de las diferencias por gastos que la amparista acredite haber afrontado desde la fecha de su primer reclamo administrativo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para así resolver, el juez de grado destacó la normativa tanto nacional como internacional que rige en materia de derecho a la salud (arts. 41, 42 y 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional y 32, 33, 36, 38, 39 y 42 de la Constitución Provincial), con especial referencia a las leyes y tratados sobre discapacidad. En ese sentido, hizo mención a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de este Tribunal que avalan la cobertura integral de las prestaciones básicas que precisen las personas con discapacidad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Determinó que se encuentran reconocidos por las partes el vínculo de la actora con el I.P.S., la patología de la niña - T.E.A., Trastorno del Espectro Autista- y la existencia del Certificado Único de Discapacidad avalado por la Junta de Admisión del I.P.S. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Destacó que la demandada brinda a A.O.A. cobertura total pero no a valores del nomenclador nacional, lo que -aseveró- no se condice con la jurisprudencia tanto de la Corte Federal como de esta Corte en el sentido de que la no adhesión de la obra social al sistema de las Leyes 23660, 23661 y 24901, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables para la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad, con el alcance integral que estatuye la normativa en la materia. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Con relación al pedido de reintegro, el magistrado se expidió también en forma favorable con sustento en precedentes de esta Corte en los que se sostuvo que, en la medida en que el reconocimiento del crédito guarde relación directa e inmediata con la protección de la salud, no puede predicarse que el reclamo sea exclusivamente patrimonial. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En su memorial de agravios de fs. 339/346 el I.P.S. cuestiona por un lado la amplitud de lo ordenado por el "a quo" en cuanto lo condena a brindar prestaciones a valores que superan los nomenclados y reconocidos por su parte para cada prestación. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Postula que el fallo carece de la debida fundamentación y lo condena con un excesivo rigor formal al disponer brindar a la amparista una cantidad de sesiones que excede lo establecido por \_\_\_\_\_

la Resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social que aprueba el Nomenclador General de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.

Asimismo, se agravia por el reintegro ordenado bajo la consideración de que excede el marco de la presente acción por su contenido patrimonial.

A fs. 353/361 contesta agravios la parte actora y solicita el rechazo del recurso interpuesto.

A fs. 397/399 se pronuncia la señora Asesora General de Incapaces y a fs. 407/408 vta. obra dictamen de la señora Fiscal ante la Corte N° 2. A fs. 409 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

2°) Que esta Corte sostuvo, a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, que 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 o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción 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 (conf. esta Corte, Tomo 119:495; 127:315; 216:239; 224:101, entre otros).

El amparo, por lo demás, constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (conf. doctrina de la CSJN en Fallos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros).

El objeto de la demanda de amparo -en resumen- es la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (conf. esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

3°) Que a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se consagró explícitamente el derecho a la salud al otorgarle jerarquía constitucional a diversos Pactos Internacionales (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

Así, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Parte se han comprometido a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (conf. CSJN, Fallos, 323:3229 "Campodónico de Beviacqua"). El Estado asume tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida.

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a su preservación, que dimana de normas de la más alta jerarquía (conf. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; 3° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12.1 y 12.2 ap. d del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4.1, 5.1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes, y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). También sostuvo que el hombre es eje y centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos, 316:479).

En el orden provincial, dicho reconocimiento viene dado además, a través de los principios y garantías establecidos en los arts. 41 y 42 de la Constitución de Salta en cuanto contienen disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud (conf. esta Corte, Tomo 183:585). Más aún, especial dimensión adquiere entre nosotros la promoción y protección de los derechos humanos a la luz del postulado fundamental consagrado por el art. 1° de la Constitución de la Provincia de Salta, en cuanto promueve la democracia social de Derecho; en este aspecto, cabe resaltar que la vida y la salud se erigen como derechos humanos básicos, que el Estado, por imperativo constitucional, debe garantizar y promover.

4°) Que con posterioridad, se sancionó la Ley Nacional 26378 (B.O. del 09/06/08) mediante la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo y, a través del dictado de la Ley 27044 (B.O. del 22/12/14), se le otorgó jerarquía constitucional a la referida convención.

El propósito de la convención es "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" (conf. art. 1°). En este orden, el Estado se comprometió a adoptar -entre otras- todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella (conf. art. 4°, inc. a) y, con respecto a las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, a abordarlas a la luz de una consideración primordial de la protección integral del interés superior del niño (conf. art. 7.2).

Específicamente, el art. 25 prescribe que los Estados Partes "reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad" y que "adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a

servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud". Así, deben proporcionar "los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores", prohibir "la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional" y velar para que "esos seguros se presten de manera justa y razonable" (conf. incs. b y e).

5°) Que la Ley Nacional 24901 (B.O. del 05/12/97) instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y la Ley Provincial 7600 (B.O. del 17/12/09) adhiere a dicho sistema nacional.

Esta última determina en forma expresa que el I.P.S. está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según Ley 24901 (conf. art. 2°).

Por su parte, la Ley Nacional contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindar una cobertura integral a las personas con discapacidad de acuerdo con sus necesidades y requerimientos (conf. art. 1°). En esa línea, la norma estipula que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas que precisen las personas con discapacidad afiliadas a las mismas (conf. art. 2°).

El art. 15 se refiere a las prestaciones de rehabilitación entendiendo por tales "aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido". Añade -en su segundo párrafo- que "en todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que sea menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera".

Además, la referida ley precisa las prestaciones terapéuticas educativas como aquellas tendientes a "promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación a nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo" (conf. art. 16) y caracteriza a las educativas como aquellas que "desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada, para realizarlas en un período predeterminado e implementarlas

según los requerimientos de cada tipo de discapacidad” (conf. art. 17, 1º párr.).

6º) Que, además de lo expresado, cabe tener presente que en las Observaciones Finales al informe inicial de Argentina, aprobadas durante la 91ª sesión, celebrada el 27 de septiembre de 2012, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad observó con preocupación el hecho de que no toda la legislación provincial argentina esté armonizada con la Convención, circunstancia que genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y su concreta implementación. En virtud de tal observación, el Comité instó a nuestro país a tomar las medidas necesarias para armonizar toda su normativa federal, provincial y local con los preceptos de aquella, en un marco que asegure la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el art. 4.3 de dicho instrumento.

En esa línea, esta Corte sostuvo que la no adhesión por parte del demandado 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 las personas con discapacidad a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (conf. Tomo 144:089, entre muchos otros).

7º) Que es de hacer notar, asimismo, que el marco jurídico antes aludido debe ser interpretado -a su vez- teniendo como horizonte el interés superior de la menor A.O.A., hija de la amparista (conf. arts. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 7.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) cuyo resguardo ha sido expresamente mencionado en precedentes de esta Corte (conf. Tomo 215:781; 232:627; 236:113, entre otros).

8º) Que bajo estos parámetros corresponde, entonces, tratar los agravios expresados por el I.P.S., teniendo en consideración que la existencia de la patología de la niña -Trastorno del Espectro Autista- se encuentra acreditada en autos y reconocida por la obra social demandada.

En ese sentido, cabe destacar que la accionada admitió en su informe circunstanciado, que a la niña le correspondía la cobertura del 100% de las prestaciones médicas y de rehabilitación, pero a los valores convenidos con los profesionales que se encuentran empadronados como prestadores de la obra social y en los centros con convenio.

Sin embargo, al formular agravios reitera los argumentos referidos a que las prestaciones las debe cubrir a valores del nomenclador provincial y, además, agrega que la sentencia dictada carece de fundamentación y de razón suficiente en tanto lo condenó en exceso al ordenar que cubra una cantidad de sesiones que excede lo normado por la Ley 24901 y su reglamentación.

Al respecto, se advierte del escrito recursivo un déficit argumentativo en tanto los planteos del apelante no se dirigen a demostrar el yerro del decisorio impugnado sino que constituyen una reiteración de lo sostenido al presentar el informe circunstanciado.

Sin perjuicio de la carencia expresada, al conservar los agravios cierto lineamiento de argumentación mínimo, corresponde

habilitar aquí la consideración del recurso en orden al principio constitucional de defensa en juicio (conf. esta Corte, Tomo 44:1109).

9°) Que así las cosas, de la lectura del fallo apelado y del análisis de las constancias de la causa, no se advierte la falta de fundamentación que el apelante imputa, en primer lugar, a la condena de otorgar a la menor A.O.A. la cobertura integral de las prestaciones básicas -en forma continua e ininterrumpida- que el decisorio detalla, con la instrucción de hacerlo de acuerdo a los alcances y a los valores establecidos en la Ley 24901.

Sucede pues, que si bien la legislación provincial habilita la conformación de un nomenclador especial que el demandado establece con sus prestadores, su aplicación no puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados, ello sin perjuicio de los derechos que, de acuerdo con el índice pactado con sus efectores y a las condiciones establecidas convencionalmente, pueda tener la obra social frente a éstos.

Más aun cuando la Ley Nacional 24901 que invocó la actora, y que además la Provincia de Salta incorporó a su ordenamiento jurídico local por conducto de la Ley 7600, obliga a las obras sociales a otorgar la cobertura total de las prestaciones básicas en ella enunciadas que necesitaren las personas con discapacidad afiliadas a aquellas (conf. art. 2°), tal el caso de las prestaciones solicitadas por la amparista; precisando además la citada Ley Nacional que, respecto a las prestaciones de rehabilitación, las entidades deben brindar la cobertura integral en todos los casos, cualquiera fuera el tipo y el grado de discapacidad, con los recursos humanos, las metodologías y las técnicas que fuera menester, y por el tiempo y las etapas que cada supuesto requiera (conf. art. 15, último párrafo).

Siendo ello así, no resulta razonable intentar imponer el valor del nomenclador interno a aquellos profesionales que atienden a la niña y no tienen convenio con el I.P.S., ni exigir que la prestación sea brindada en centros con convenio. Ello por cuanto, en los hechos, implica no cumplir con la integralidad de la cobertura reconocida dada la diferencia existente entre los valores del nomenclador nacional, que fija el monto real al que debe hacer frente la familia de A.O.A., y los correspondientes al provincial cuyos montos son notablemente inferiores.

Cabe hacer notar, por otra parte, que la pretensión de la demandada de que la amparista busque prestadores del padrón y/o centros con convenio, sin tener en consideración los antecedentes de tratamiento que viene llevando adelante la menor -en particular, los informes y los planes de trabajo agregados en el Expte. administrativo N° 7443925/2020-, implica pretender sustituir el criterio del médico a cargo del tratamiento continuo de la paciente.

Sobre este punto vale aclarar que si bien, según el I.P.S., los prestadores por él reconocidos podrían brindar los servicios que necesita la menor, lo cierto es que debe estarse al criterio de los médicos tratantes para cada caso en particular, ponderando sobre todo la gravedad y los efectos de la enfermedad de base.

En ese mismo orden de ideas la Corte tiene dicho que la obra social no puede sustituir eficazmente el criterio del médico a cargo del tratamiento de un paciente, dado que el profesional no solo realiza su seguimiento, sino que también es responsable del diagnóstico y del tratamiento indicado (conf. Tomo 160:349).

\_\_\_\_\_ Es que, además, no puede olvidarse que los procedimientos exigidos por el Instituto Provincial de Salud de Salta para acceder a las prestaciones deben ser absolutamente compatibles con los servicios garantidos, equitativos y dignos que aquél tiene la obligación de prestar a sus afiliados (conf. Carta de Servicios del I.P.S., aprobada por la Resolución 97D/2010 del Ministerio de Salud Pública) y, fundamentalmente, con su propio Sistema de Autorización de Prácticas, cuyo objetivo final consiste en permitir la concreción de la dignificación de la persona que se encuentra sometida a las contingencias de la salud y de la enfermedad (conf. art. 4º, ap. 9.II.2 del Decreto 3402/07, reglamentario de la Ley 7127). Ello, conforme se dijo con anterioridad, en el marco de lo dispuesto por las normas constitucionales relativas a la atención de la salud. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De ahí que los agravios formulados en tal sentido no resulten suficientes para revertir lo resuelto en ese sentido en el fallo cuestionado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 10) Que con relación al agravio referido al exceso de sesiones que se le ordenó brindar, cabe señalar que al momento de presentar el informe circunstanciado, el I.P.S. estructuró su oposición en relación al valor de las mismas y al carácter de los prestadores, mas no sobre la cantidad de sesiones prescriptas por los especialistas. En estas condiciones, lo introducido resulta una reflexión tardía que impide su tratamiento ante este Tribunal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 11) Que, finalmente, en cuanto al reintegro de gastos ordenado, que el recurrente cuestiona por considerar que excede la acción de amparo por su contenido patrimonial, se advierte de las constancias de autos que la acción no tuvo como objeto principal una cuestión patrimonial sino el resguardo del derecho a la salud de la menor con discapacidad, hija de la amparista, que ante la necesidad de llevar adelante el tratamiento conformado por tales prestaciones, se vio conculcado por la actitud negatoria de la obra social. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Es ese el contexto en el cual corresponde interpretar el pedido de restitución de los importes de los gastos que la amparista formula como pretensión accesoria al mencionado objeto principal que sobradamente justificaba la pertinencia de la vía. De tal modo, obligar a la actora a intentar un proceso ordinario para cobrar las sumas reclamadas implicaría, en la especie, un exceso ritual manifiesto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En efecto, si bien el reintegro de gastos solicitado por vía de amparo no resulta procedente cuando la cuestión se limita a un asunto meramente patrimonial y está ausente la urgencia que es propia de este proceso especial, esta Corte ha hecho lugar a pedidos en ese sentido cuando se ordena la cobertura de un problema de salud y la devolución de lo pagado resulta ser la consecuencia de la modalidad de dicha cobertura, razón por la cual el reconocimiento solicitado guarda relación directa e inmediata con la protección de la salud de la menor amparada (conf. Tomo 138:15; 182:323, entre otros). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 12) Que conforme a lo antes expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 17/25 vta., con costas (art. 67 del C.P.C.C.). \_\_\_\_\_

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

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

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

\_\_\_\_\_ I. **RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto a fs. 339/346 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 17/25 vta. Con costas. \_\_\_\_\_

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

(Fdo.: Dra. Teresa Ovejero Cornejo -Presidenta-, Dr. Sergio Fabián Vittar, Dra. Adriana Rodríguez Faraldo, Dres. Guillermo Alberto Catalano, Ernesto R. Samsón, Dra. Sandra Bonari, Dr. Pablo López Viñals y Dra. María Alejandra Gauffin -Juezas y Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).