

(Tomo 243:195/206)

_____ Salta, 27 de julio de 2022.

Y VISTOS: Estos autos caratulados "**B, M.T., EN REPRES. DE SU HIJO MENOR A.B., J.B. VS. I.P.S.S. AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 41.819/21), y _____

CONSIDERANDO: _____

_____ 1°) Que contra la sentencia de fs. 118/124 que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó a la demandada que proporcione la totalidad (100%) de la cobertura de las prestaciones requeridas en los términos y alcances solicitados en la demanda en beneficio del niño A.B.J.B., interpuso recurso de apelación el Instituto Provincial de Salud de Salta a fs. 133. _____

_____ Para resolver como lo hizo, la jueza de grado analizó que la cobertura que se reclama se encuentra en principio regulada por la Ley 22431 que instituye el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, y la Ley 24901 que estableció un Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Asimismo, indicó que por Ley 7600 el legislador local estableció un Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad, y que en su art. 2° dispuso que el Instituto Provincial de la Salud de Salta 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 la Ley 24901. _____

_____ Tuvo en cuenta que el demandado no desconoció el contexto táctico planteado en la demanda en lo atinente a la patología como al tratamiento del amparista. _____

_____ Ponderó que en la audiencia celebrada entre las partes, el médico de cabecera del niño destacó que su paciente necesita múltiples prestaciones, en especial, tiempo para la neurorehabilitación y psicopedagogía. Analizó particularmente cada prestación solicitada, y destacó que el accionado, autorizó el cumplimiento de todas ellas pero no estuvo de acuerdo con el valor peticionado y la carga horaria requerida en algunas. _____

_____ La jueza del amparo precisó que la actora demandó que las prestaciones sean otorgadas a valor Nación, mientras que el I.P.S. ofreció en audiencia el valor UNSA, lo que no fue aceptado por la otra parte pues de tal modo se vería compelida a retacear las sesiones que necesita el niño para adecuarlo al presupuesto disponible. _____

_____ Con cita a un antecedente análogo de esta Corte, entendió que la cobertura debe ser integral y por lo tanto comprensiva del 100% de las prestaciones, y que aquella no está limitada al nomenclador provincial, siendo aplicable el nomenclador nacional, en virtud de lo cual hizo lugar a la acción de amparo. _____

_____ Al expresar los agravios (v. fs. 136/138 vta.), la demandada alega que no se mérito que su parte reconoció todas las prestaciones que solicitó el amparista y que ofreció la cobertura de un valor mayor al nomenclador del I.P.S., como lo es una obra social nacional que reconoce como normativa el 70% del valor nacional. _____

_____ Aduce que los profesionales que tratan al niño no son

prestadores del I.P.S., por lo que la única vía de pago es el reintegro a los afiliados.

Señala que los fondos que recauda deben ser considerablemente distribuidos entre los afiliados y que el presupuesto de la obra social es finito y su administración debe ser cuidada en aras de preservar la salud de todos los afiliados. En ese orden indica que financieramente no puede otorgar una cobertura a valores nacionales, cuando la recaudación local es inferior.

Se agravia porque la señora jueza no contempló la normativa que rige al I.P.S. que le permite dictar normas para la mejor administración de sus recursos. Tampoco consideró -alega- que la actora no transitó la vía administrativa de manera completa ni hizo conocer a su parte su disconformidad en sede extrajudicial.

Finalmente explica que el I.P.S. basa su administración en el carácter solidario de su patrimonio, lo que implica que sus recursos deben ser distribuidos de manera equitativa, para así poder cumplir su objetivo de preservar la salud de todos sus afiliados.

A fs. 141/144 contesta los agravios el amparista, solicitando el rechazo del recurso de apelación interpuesto.

A fs. 157/159 y 164/165 vta. contestan, respectivamente, las vistas conferidas la señora Asesora General de Incapaces y la señora Fiscal ante la Corte N° 2, pronunciándose en los respectivos dictámenes por el rechazo del recurso en mérito a los argumentos que explicitan.

A fs. 166 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

2°) 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 (conf. esta Corte, Tomo 129:791; 181:823, 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 solo 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 (conf. 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 (D.J., Tomo 1985-11, pág. 452; esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

3°) Que bajo tales presupuestos, cabe advertir que no se discute en autos la patología del menor, cuyo diagnóstico es Retraso Madurativo Moderado, Trastorno del Aprendizaje, Dislexia y

Disgrafía, Trastorno del desarrollo del lenguaje: FLAP (Fisura labio alveola palatina), Riñón Displásico Multiquístico y Desnutrición Crónica, según certificado médico de fs. 15. Tampoco se discute que el niño deba recibir las prestaciones ordenadas por su médico, todo lo cual ha sido reconocido por el demandado, que solo niega la cobertura del valor de las prestaciones de acuerdo a lo peticionado por la actora, como así también la carga horaria en algunas de ellas (v. acta de audiencia de fs. 103 vta./104).

Tal precisión permite concluir que los eventuales condicionamientos que se pretendan ejercitar sobre el derecho a la salud por motivos de índole económica financiera, ponen en acción la vía expedita del amparo como instrumento de garantía de los derechos humanos fundamentales.

En efecto, el reconocimiento y protección de la salud surge de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42 y 75, incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos 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 diversos instrumentos comunitarios 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 ONU de 1948, arts. 3° y 25, inc. 2°; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10, inc. 3° y 12; y la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2°, 4° y 5°, entre otros.

En igual orden de consideraciones, y con particular referencia al caso de autos, el interés de un niño debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta norma expresamente dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor (conf. esta Corte, Tomo 99:185, entre otros).

Por ello, "el derecho a la preservación de la salud, es una 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" (conf. CSJN, Fallos, 321:1684; 323:1339).

4°) Que esta Corte se ha pronunciado ponderando lo estatuido en la Ley 24901 denominada Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, en la Ley Provincial 7600 que adhiere al sistema de la ley nacional (sancionada en el año 2009) y teniendo presente las Observaciones Finales al informe inicial de Argentina, aprobadas durante la 91ª sesión, celebrada el 27/09/2012, por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con este marco ha entendido que la cobertura de las prestaciones debe ser "integral" y por lo tanto comprensiva del 100%, y que aquella no está limitada al nomenclador provincial, siendo aplicable el nomenclador nacional, por cuanto no resulta ajeno a la

jurisdicción local (esta Corte, Tomo 219:169; 227:955, entre muchos otros).

Por otra parte, y en referencia al agravio consistente en la alegada afectación del principio de solidaridad contributiva -en virtud del cual es necesario un uso proporcional y cuidadoso de los recursos con que cuenta la obra social para brindar el servicio de salud-, a más de constituir una reiteración de los argumentos esgrimidos al presentar el informe circunstanciado, cabe señalar que el demandado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios.

En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (conf. esta Corte, Tomo 114:603; 125:401, entre otros); de modo 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 (conf. esta Corte, Tomo 204:249).

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 (conf. Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, págs. XI-4 y XI-5); y que, si bien el Estado 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 (conf. Tomo 81:845; 114:903).

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 (conf. 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 acreditar, 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, menos aún que ello pueda desequilibrar sus finanzas al extremo de privar de prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios.

5°) Que en otro orden, la demandada alega que la actora no le hizo conocer su disconformidad en sede extrajudicial, por lo cual -afirma- no transitó aquella la vía administrativa en forma completa. Tal cuestionamiento carece de entidad como para decidir el rechazo de la acción, pues se advierte de lo manifestado por la Obra Social en el proceso, que persiste con el criterio de negar la cobertura total que se solicita, lo que demuestra la ineficacia del planteo en sede administrativa en una cuestión que involucra

el derecho a la salud y que por lo tanto no admite dilaciones (esta Corte, Tomo 181:823).

6°) Que asimismo, respecto del agravio de que los profesionales que atienden al niño no son prestadores de la obra social, carece de la virtualidad de enervar lo resuelto y constituye una reflexión tardía ya que no fue puesta en consideración de la sentenciante de grado al no haber mediado cuestionamiento alguno al respecto al contestar la demanda, por lo que tal argumento no puede ser revisado en esta instancia, al no integrar el "thema decidendum".

7°) Que en definitiva, los argumentos expuestos resultan suficientes para decidir el rechazo del recurso, y desde esta perspectiva, la demandada deberá cubrir los tratamientos solicitados, por lo tanto, procede confirmar la sentencia apelada en cuanto condena a la obra social a cubrir el 100% de las prestaciones. Con costas en aplicación del principio objetivo de la derrota.

8°) Que siendo el amparista un menor discapacitado, a fin de preservar su identidad, en función de lo dispuesto por el art. 3°, inc. h) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, y los arts. 4° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño y, tal como lo prevé el último párrafo del art. 164 del C.P.C.C., corresponde disponer la supresión de la identificación de la madre y del menor representado por ella, en toda copia para publicidad de la sentencia, sustituyéndola por sus iniciales.

Por ello,

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I. **RECHAZAR** al recurso de apelación de fs. 133 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 118/124. Con costas.

II. **DISPONER** la supresión de la identificación de la actora y del menor representado, en toda copia para publicidad de la sentencia, sustituyéndola por sus iniciales.

III. **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-).