

(Tomo 216: 239/252 )

\_\_\_\_\_ Salta, 15 de diciembre de 2017.  
\_\_\_\_\_ Y VISTOS: Estos autos caratulados "**M., P. M.; M. A., M. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.S.) - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 38.872/17), y \_\_\_\_\_

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

\_\_\_\_\_ 1°) Que a fs. 554 el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 539/550 vta. que hizo lugar a la acción de amparo, condenando al impugnante a brindar de manera total e inmediata la cobertura al 100 % de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación (fonoaudiología, fisio-kinesioterapia, neuropsicología, psicomotricidad, psicopedagogía e hidroterapia), así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que su diagnóstico requiera, y el reintegro de las sumas y de los gastos realizados por el amparista, en un plazo de 10 días, bajo apercibimiento de aplicar intereses a la tasa anual del 36 %, y desestimó el pedido de cobertura de toda prestación médica, farmacológica o asistencial futura formulado genéricamente en la demanda.

\_\_\_\_\_ Para así resolver el "a quo" concibió que la vía del amparo se encontraba habilitada para canalizar la pretensión de autos, en tanto está dirigida a resguardar el derecho a la salud de un niño con discapacidad. Concretamente consideró que en materia de discapacidad y cobertura médica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que es obligación estatal garantizar con acciones positivas su efectivo acceso. Agregó que en el caso de las personas con discapacidad tal cobertura tiende a facilitar el mayor nivel de integración social. Cita instrumentos internacionales de protección de la infancia y de las personas con discapacidad, entre otros. En el orden provincial, fundó su decisión en las prescripciones contenidas en la Ley 7039 de Protección de la Niñez y la Adolescencia, en la Ley 7127 de creación del instituto demandado y en su decreto reglamentario (Decreto N° 3402/97). Admitida la procedencia del amparo, el "a quo" analizó que la diferencia entre los valores reconocidos por el I.P.S.S. conforme su nomenclador y los que fijan por idénticas prestaciones las autoridades nacionales, podría llegar a superar el sueldo que percibe el actor, obligándolo a afrontar préstamos para cubrirla, lo que implicaría una inadmisibles vulneración de los derechos comprometidos. No obstante, el sentenciante no acogió la pretensión relativa a la cobertura integral del 100 % de toda prestación médica, farmacológica o asistencial futura que la patología del menor amerite según los profesionales tratantes, en atención a que ello supondría soslayar una instancia ineludible de control por parte de la demandada, cual es la presentación ante el I.P.S.S. de los pedidos médicos y de cobertura de las prácticas, medicamentos o cualquier otra prestación. Finalmente, en relación con el pedido de reintegro de las diferencias reclamadas, el "a quo" fundó su admisión en jurisprudencia de esta Corte.

\_\_\_\_\_ Al expresar agravios a fs. 557/561 el apelante aduce que la sentencia impugnada adolece de la debida imparcialidad. Puntualmente sostiene que en autos no se ha demostrado que haya

sido vulnerado derecho alguno del hijo del amparista, que en cambio si fue acreditada la falta de urgencia, requisito que debiera haber sido ponderado a efectos de evaluar la procedencia del amparo, ello en tanto la demanda fue presentada el 04/11/16 y la sentencia fue dictada recién con fecha 21/02/17. También se agravia porque no existe ningún peligro en la salvaguarda de derechos constitucionales, ni arbitrariedad e ilegalidad imputables a su obrar. Afirma que el derecho a la salud como cualquier derecho no puede ser interpretado en términos absolutos. En ese sentido, agrega que el derecho a la salud debe analizarse en estrecho contacto con la realidad del caso concreto, en el que -dice- se reconoce la cobertura demandada conforme valores vigentes según el nomenclador provincial, y que por tanto si se apartase de ellos iría en detrimento del mismo derecho que le asiste al resto de los afiliados. En otro orden plantea que la sentencia confunde al Estado provincial con el instituto demandado y desconoce que éste último no integra el Sistema Nacional del Seguro de Salud ni reviste la calidad de agente del seguro de salud de acuerdo con las previsiones de las Leyes Nacionales 23660, 23661, 24455 y sus respectivos decretos reglamentarios. Por último, se agravia por la condena a pagar los reintegros peticionados en la demanda.

\_\_\_\_\_ A fs. 577/580 vta. el amparista contesta agravios solicitando se rechace en todos sus términos el recurso incoado, con costas, por los motivos que allí expresa.

\_\_\_\_\_ A fs. 598/599 vta. y 602/605 se incorporan, respectivamente, los dictámenes de la Sra. Asesora General de Incapaces y del Sr. Fiscal ante la Corte N° 1, ambos coincidentes en que corresponde rechazar el recurso de apelación en análisis.

\_\_\_\_\_ A fs. 606 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

\_\_\_\_\_ 2°) Que esta Corte ha dicho reiteradamente 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 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 (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, 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 sólo 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 (cfr. 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 transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

3°) Que en autos no se ha cuestionado la existencia de la discapacidad del menor de edad hijo del actor, su condición de beneficiario de la obra social, ni el acceso a una atención especializada adecuada a su discapacidad, según prescripción de los profesionales tratantes, como consecuencia de la cual su evolución es favorable, en miras a lograr una mayor calidad de vida e inclusión social en los términos en que las normas del más alto rango se lo aseguran.

Lo que el I.P.S.S. discute es el monto que debe cubrir por la cobertura de las prestaciones que demanda el hijo del amparista en función de su discapacidad (síndrome de down o trisomía 21) o, en otras palabras, cuál es el nomenclador que debe aplicarse.

Así definido el objeto, mal puede sostenerse que en el caso no exista la urgencia que exige la vía intentada, a más de hallarse comprometidos derechos cuya satisfacción integral resulta impostergable.

4°) Que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, no existía en el ámbito nacional texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Si bien las obligaciones del Estado en la materia podían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha modificado sensiblemente el panorama legal en cuestión (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

En el mencionado Pacto, los Estados Partes 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 (CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud y Acción Social", 24/10/2000, LL, 2001-C, 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que aquél asume y 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 la preservación de aquélla, que dimana de normas de la más alta jerarquía (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la C.N.; 3° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12 incs. 1° y 2° ap. "d", del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4° inc. 1°, 5° inc. 1° y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

A su vez, nuestra Carta Magna Provincial, en sus arts. 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud.

5°) Que a su vez existen leyes específicas de protección ante la discapacidad del hijo del amparista: la Ley 24901 denominada Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad,

promulgada en diciembre de 1997 y la Ley provincial 7600 que adhiere al sistema de la ley nacional (sancionada en el año 2009).

\_\_\_\_\_ Esta última norma, en el art. 2º, establece en forma expresa que el I.P.S.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.

\_\_\_\_\_ Por su parte, dicha norma establece en su articulado un sistema de prestaciones básicas de atención integral a las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, a los fines de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. En su art. 2º prevé expresamente que las obras sociales 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. Así 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 el artículo -en un 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".

\_\_\_\_\_ Asimismo la ley nacional regula en los arts. 15 y 16 las prestaciones de rehabilitación y terapéuticas educativas, tendientes "al desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas... que tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance un nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social" y "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".

\_\_\_\_\_ Tales normas deben ser interpretadas en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad así como de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

\_\_\_\_\_ 6º) Que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe 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" (CSJN, Fallos, 321:1684; 323:1339).

\_\_\_\_\_ Esa doctrina del Alto Tribunal Federal ha sido reiterada en un caso en el que se demandaba a la obra social de la Provincia de Buenos Aires -Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)-, en el que además ha recordado precedentes donde ha dejado bien claro que

las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, sosteniendo que, de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos, 331:2135).

7°) Que en las Observaciones Finales al informe inicial de Argentina, aprobadas durante la 91ª sesión, celebrada el 27/09/2012, 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 aquélla, en un marco que asegure la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el art. 4, inc. 3, de dicho instrumento.

En esa línea, esta Corte sostuvo 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 las personas con discapacidad a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (cfr. Tomo 144:089, entre muchos otros).

Así debe desestimarse el agravio que imputa un error de encuadramiento normativo a la sentencia apelada.

8°) Que asimismo, en ese marco jurídico, que a su vez debe ser leído teniendo como horizonte el mejor interés del menor de edad (cfr. art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño), no puede tener acogida favorable el agravio relativo a una supuesta desacertada aplicación judicial del nomenclador nacional, por cuanto no resulta ajeno a la jurisdicción local, como pretende el demandado.

En ese sentido, el accionar del Instituto, en tanto pretende regirse por un nomenclador local que se aleja de los montos dispuestos por la legislación vigente, resulta ilegítimo y arbitrario. Y no ha logrado probar en estos autos que su obligación de garantizarlos tenga consecuencias tan negativas que sean capaces de poner en crisis su solvencia económica, en detrimento de iguales derechos que pudieran asistirles al resto de sus afiliados.

Sobre este punto cabe recordar que esta Corte tiene dicho que no basta con una simple afirmación relativa a la eventual afectación del principio de solidaridad, sino 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. Tomo 174:451, entre otros).

Por lo demás cabe señalar que si bien la legislación provincial habilita la confirmación de un nomenclador especial que el demandado establezca con sus prestadores, su aplicación no

puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados; ello es así, sin perjuicio de los derechos que, en orden al nomenclador pactado con sus efectores y a las condiciones establecidas convencionalmente, pueda tener la obra social frente a éstos.

9°) Que el agravio referente a los reintegros dispuestos en la sentencia tampoco puede prosperar.

Si bien, en principio, el reintegro de gastos solicitado por la vía del 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 el reintegro de gastos resulta ser la consecuencia de la modalidad de aquélla, razón por la cual el reconocimiento guarda relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado (cfr. Tomo 138:15; 182:323, entre otros).

El apelante no ha demostrado error o desacierto en la sentencia pues el "a quo" ha analizado y aplicado correctamente la normativa que rige el caso para concluir que asiste al actor el derecho a obtener la restitución reclamada. En relación con ello, debe tenerse presente que el reclamo tiene por fin inmediato la preservación de la salud y el derecho a una vida con inclusión social plena del niño con discapacidad, hijo del amparista, y que la cuestión referida a la restitución de los importes de los gastos fue planteada como una pretensión accesorio al mencionado objeto principal, que sobradamente justificaba la pertinencia de la vía. En tal sentido, el recurrente no logra refutar los argumentos sobre los cuales se construye el fallo atacado, limitándose el memorial a esbozar objeciones generales, insuficientes para desvirtuarlo.

En ese contexto, obligar al actor a intentar un proceso ordinario para cobrar la suma reclamada implicaría un exceso ritual manifiesto.

10) 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. 554 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 539/550 vta. Con costas.

II. MANDAR que se registre y notifique.

(Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Posadas, Abel Cornejo, Susana Graciela Kauffman y Sandra Bonari -Jueces de Corte y Juezas de Corte -. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa -Secretario de Corte de Actuación-).