

(Tomo 244: 779/792)

_____ Salta, 05 de abril de 2023. _____

Y VISTOS: Estos autos caratulados **"P., G. A.; R.E.I. (M) VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) – AMPARO – RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte. N° CJS 42.167/22), y _____

CONSIDERANDO: _____

_____ 1º) Que contra la sentencia dictada en autos a fs. 175/194 vta., que hizo lugar a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenó al I.P.S. la cobertura integral de los tratamientos de musicoterapia, estimulación temprana y fonoaudiología, incluyendo gastos de traslado, y reembolso de los gastos ocasionados con anterioridad a la presente acción, el demandado interpuso recurso de apelación (v. fs. 203/235). _____

_____ Para así resolver, la sentenciante expuso las normas y principios rectores aplicables a la acción de amparo, y las disposiciones constitucionales y convencionales que protegen el derecho a la salud. _____

_____ En ese marco declaró procedente la vía intentada en tanto tiene por objeto la protección del derecho a la salud de una menor de edad con capacidades diferenciadas. _____

_____ Expuso al respecto, que la amparista había realizado los pedidos de cobertura en sede administrativa, sin que el I.P.S. hubiere autorizado la totalidad de las prestaciones solicitadas ni tampoco su cobertura a los valores requeridos por los médicos tratantes, punto en el cual -consideró- radica la acción. _____

_____ En virtud de ello, entendió que lo ofrecido por el demandado no garantiza la evolución del tratamiento y constituye una conducta infundada en el sentido de que no atiende las preferencias de la paciente a la confianza y vínculos ya generado con los profesionales de la salud que la atienden, los que consideró que se encontraban debidamente justificados. _____

_____ Destacó que, si bien la actitud de la accionada no configura un absoluto rechazo, no logra satisfacer el efectivo derecho a la salud en la condición planteada. _____

_____ En orden a lo valorado, acogió la cobertura de todas las prestaciones requeridas, tanto actuales como futuras, de manera integral al 100% del costo real, incluyendo los gastos de transporte, como así también el reclamo económico de los pagos ya realizados a los profesionales médicos en virtud del tratamiento que viene realizando E.I.R., previa rendición de cuentas y acreditación de ellas, de modo retroactivo al inicio de las prácticas. _____

_____ Al expresar agravios el I.P.S. (v. fs. 203/235) invoca falta de fundamentación y razón suficiente en el fallo emitido. Sostiene que no se demostraron los actos ilegales o arbitrarios, y que la demanda tuvo por objeto cuestiones no ventiladas en sede administrativa. _____

_____ Señala que en dicho ámbito se otorgaron las prestaciones a valores que rigen por ley para el I.P.S., y que incluso se ofreció que el tratamiento se efectivice por medio de prestadores con convenio con la obra social, con una cobertura total, haciendo mención de lo dictaminado en los distintos expedientes administrativos. _____

_____ Aduce que con lo dispuesto se afecta la facultad de control y auditoría que tiene el instituto. _____

_____ Añade que no resulta aplicable al caso la Ley 7965 por la

que la Provincia adhiere a la Ley Nacional 26689 de Cuidado Integral de la Salud de Personas con Enfermedades Poco Frecuentes. _____

_____ Recalca los límites de la obra social para otorgar las prestaciones en orden a sus principios rectores y al sistema de solidaridad que la rige. _____

_____ Postula que la amparista no demostró la urgencia que requiere este tipo de acción, ni la necesidad económica que hubiere justificado una cobertura mayor por vía de excepción. _____

_____ Rechaza los reintegros ordenados por considerarlos inadmisibles en este tipo de acciones y por no haber sido debidamente acreditados y rendidos en autos. _____

_____ Corrido traslado del memorial a la contraria, contesta a fs. 276/278. _____

_____ A fs. 308/310 vta. se agrega dictamen de la señora Asesora General de Incapaces y a fs. 321/323 se pronuncia la señora Fiscal ante la Corte N° 2. A fs. 324 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 (esta Corte, Tomo 119:495; 127:315; 216:239; 224:101, entre otros). _____

_____ En el caso, el derecho protegido es el derecho a la salud, cuyo reconocimiento y protección 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. 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, inc. 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°; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10, inc. 3° y 12; la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2°, 4° y 5°; entre otros. _____

_____ Por otra parte, mediante la Ley Nacional 26378 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, se le otorgó jerarquía constitucional a la referida convención. Su propósito 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" (v. 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

(v. art. 4º, 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 (v. art. 7.2).

____ Específicamente, el art. 25 prescribe que los Estados Parte "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" (v. incs. b y e).

____ 3º) Que, asimismo, la Ley Nacional 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y la Ley Provincial 7600 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 (v. art. 2º).

____ 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 (v. art. 2º). En su art. 15, que refiere a las prestaciones de rehabilitación, añade 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".

____ 4º) 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 y 23661, 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).

_____ 5°) 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 niña E.I.R., hija de la amparista (conf. arts. 3° 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 (Tomo 215:781; 232:627; 236:113, entre otros).

_____ 6°) 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 Desarrollo Psicológico- se encuentra acreditada en autos y reconocida por la obra social demandada.

_____ Al respecto, cabe destacar que el escrito recursivo denota un déficit argumentativo, en tanto los planteos no se dirigen a demostrar los yerros del decisorio impugnado, sino que constituyen una reiteración de lo ya alegado al producir el informe circunstanciado.

_____ En efecto, la accionada insiste -entre otras cosas- en que la accionante no requirió en sede administrativa los valores aquí reclamados y que, sin perjuicio de ello, el I.P.S. debe cubrir las prestaciones a valores del nomenclador provincial o con los médicos con los que tiene convenio. Sin embargo no refuta los argumentos expuestos por la sentenciante en cuanto a que la contestación dada por el I.P.S. en sede administrativa no lograba cubrir en su totalidad la pretensión de la solicitante, la cual expuso debía ser integral, urgente, expeditiva, atendiendo las preferencias del paciente fundada en la confianza y vínculo generado con su médico tratante.

_____ 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 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 (v. 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 (v. art. 15, último párrafo).

_____ Siendo ello así, por la circunstancia del caso, no resulta razonable intentar imponer el valor del nomenclador interno a aquellos profesionales que atienden a la niña. 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 amparista, 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, implica pretender sustituir el criterio del médico a cargo del tratamiento continuo de la paciente. _____

_____ 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 garantizados, equitativos y dignos que aquél tiene la obligación de prestar a sus afiliados (v. 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 (v. 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. _____

_____ 7º) Que, en otro orden, tampoco resultan atendibles los cuestionamientos formulados en cuanto al cercenamiento de su facultad de contralor de las prestaciones a otorgar a la amparista. En efecto la sentencia dispone expresamente que la cobertura de los tratamientos y el transporte que ordena, lo sean con previa rendición de cuentas por parte de la amparista. _____

_____ 8º) 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).

_____ 9°) Que conforme a lo antes expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 175/194 vta., con costas (art. 67 del C.P.C.C.). _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA CORTE DE JUSTICIA,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I. **RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de primera instancia. Con costas. _____

_____ II. MANDAR que se registre y notifique. _____

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