

Salta,

de febrero de 2018

\_\_\_\_\_**Y VISTOS:** Los autos caratulados: **A., G. E. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA – Amparo**”, **Expte. N° 603.301/17 de esta Sala Tercera**, de trámite ante el doctor Marcelo Ramón Domínguez, y

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

\_\_\_\_\_**D)** A fs. 31/36 se presenta la doctora Ana Cecilia Cuellar, en representación de la señora G.E.A., promoviendo acción de amparo en contra del Instituto Provincial de Salud de Salta, persiguiendo condena que ordene a proporcionar la totalidad de la cobertura de las prestaciones médicas tipificadas y no tipificadas, farmacológicas, cirugías, medicamentos y preparados magistrales, material descartable, sesiones de kinesioterapia, fisioterapia, psicología, fonoaudiología, psicopedagogía, terapia psicomotriz, acompañante terapéutico y maestra integradora, órdenes de consulta ilimitadas, anteojos, reconocimientos de gastos de determinado profesional que cobre arancel diferenciado y cuya trayectoria sea reconocida, derivaciones, pasajes aéreos en Aerolíneas Argentinas y/o LATAM y toda otra prestación que requiera el niño R.A.C., debido a su discapacidad física y neurológica, cuya complejidad -dice- se incrementa con el transcurso del tiempo, y toda otra prestación que la propia evolución requiera, y que sea necesaria a los fines de lograr el desarrollo paulatino y pleno de sus capacidades, todo en un 100% del costo de las prestaciones requeridas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_**Luego** de puntualizar que el Instituto demandado incumple con el reconocimiento de la cobertura integral pretendida, expone que en fecha 30 de enero de 2016, en el Expte. N° 33.004/15, caratulado “C.R.A. por Protección de Menores” se le otorgó a su representada, la señora G.E.A., la guarda con fines de adopción del niño R.A.C., y en el apartado VI) de la resolución que así lo ordena, se le autorizó a realizar los trámites necesarios tendentes a obtener la cobertura médica asistencial y demás beneficios sociales para el niño; en razón de ello, y siendo empleada del Poder Judicial de Salta, se

encuentra afiliada al Instituto demandado, obra social a la que incorporó a R. A.C., quien, al tiempo de serle otorgada su guarda, ya había estado hospitalizado durante 3 años y 8 meses, por presentar mal formación urogenital, colostomía, lo que implica que el mismo va a necesitar atención médica de por vida, como así también diversas cirugías. Presenta asimismo displasia de cadera y un pequeño soplo en el corazón. Además de ello, se le hizo una evaluación neuropsicolingüística, a fin de conocer el grado de compromiso cognitivo que el niño necesita, el que dio el siguiente resultado: “Capacidad intelectual total de 41, lo cual corresponde a descenso intelectual severo. El aspecto más afectado es la comprensión...”, se concluyó que presenta “retraso madurativo global” y que “al estar privado de todo estímulo no se lo puede comparar con los niños normotípicos de su edad”. En razón de ello, se cursaron diversas notas al Instituto, sin que hasta la fecha algunas hayan sido contestadas; y, respecto de otras, sólo se autorizó la cobertura del 80%.

---

\_\_\_\_Así, el 5 de junio de 2017, reclamó el reconocimiento del 100% de la provisión mensual de medicamentos y descartables que requiere el niño, según su médico de cabecera, doctor Ernesto Quintero, que, a la fecha de la presentación de la demanda, no fue otorgada. El 16 de junio del año pasado se presentó otra nota, solicitando se registre en los antecedentes de R.A.C. la justificación médica traumatológica, ya que el diagnóstico médico no cambiará hasta tanto se practique la cirugía de columna y cadera, prevista para dentro de 3 a 4 años. La falta de respuesta integral de sus reclamos, generó que se remitiera una carta documento al Instituto, solicitándole asimismo la derivación a la ciudad de Buenos Aires, con la cobertura de los pasajes aéreos en las aerolíneas aludidas, en razón de que la accionada sólo autoriza viajes en la línea aérea con la cual tiene convenio (Andes), lo que implica que, en algunos días, tenga que esperar para viajar a Buenos Aires o para regresar a Salta.

---

\_\_\_\_Requerido el informe circunstanciado dispuesto a fs. 38 y habiendo tomado intervención por el niño R.A.C. la señora Asesora de Incapaces N° 2

(fs. 39), a fs. 41 se agrega el Certificado de Discapacidad –Ley 24901-, extendido por el Gobierno de la Provincia de Salta, con validez hasta el 19 de abril del 2022, en el que se consigna que R.A.C. presenta “Anormalidades de la marcha y de la movilidad. Falta del desarrollo fisiológico normal esperado. Otros orificios artificiales del tubo gastrointestinal”. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_A fs. 234/241 luce la contestación del Instituto Provincial de Salud de Salta, a través de su apoderado letrado, doctor Federico Martín Bravo, actuando con el patrocinio letrado de la doctora Natalia Cristal Benegas. En lo sustancial, expone que se encuentra la obra social al tanto de la patología que presenta el menor R.A.C., detallando a continuación los distintos expedientes que se promovieron, ante una variedad de peticiones de cobertura formuladas, las que fueron cubiertas por su poderdante, incluso la derivación para su control en el Hospital Garrahan de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por Plan A -Vía Aérea- 2 pasajes y el reconocimiento del 100% en prestaciones médico-asistenciales relacionadas a su patología de base, en el marco de la Ley de Discapacidad N° 7.600, a través de la cual se crea un sistema de prestaciones básicas de atención para las personas con discapacidad, aprobándose un Nomenclador -mediante Resolución N° 078-I/10-, que regula todo lo referido a la discapacidad. Expone que, por vía de excepción, las autoridades del Instituto otorgaron una cobertura integral de lo peticionado por la amparista en representación del niño. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Por ende, como todo afiliado incorporado al sistema de Prestaciones Básicas, se le brinda cobertura integral, al 100%, en todas las prestaciones nombradas y que tengan relación directa con su patología discapacitante. Es así que, cuenta con consultas médicas en rehabilitación y kinesio-fisioterapia en consultorio, fonoaudiología, apoyo escolar, psicología, entre otras, tal como consta en el Historial del Consumo Histórico de Prestaciones Médicas que aporta. El reconocimiento de dichas prácticas también surge del sistema de convenios que celebra el Instituto con los profesionales que integran, en forma directa o indirecta, a través de sus asociaciones y colegios, el plantel de prestadores que pertenecen al Padrón A, es decir, sin cobro de Arancel

Diferenciado, lo que implica que deben sujetarse a los valores establecidos en el nomenclador. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 253 obra el acta que da cuenta de que, en fecha 30 de noviembre del 2017, se celebró la audiencia fijada a fs. 250, sin que las partes arribaran a ningún acuerdo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 254/257 dictamina la señora Asesora de Incapaces. Expone –en lo sustancial- que en autos se encuentran en juego derechos constitucionales y también derechos reconocidos en convenios internacionales enunciados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Asimismo, cita normas de la Constitución de la Provincia, que protegen el derecho a la vida, la dignidad y la integridad física y moral de las personas, siendo deber de todos y, en especial, de los poderes públicos su protección (art. 10), referidos a los derechos de la infancia y los derechos de las personas afectadas por discapacidades físicas, sensoriales o psíquicas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Puntualmente y en orden al caso de autos, señala que la atención integral de la salud de una persona discapacitada se encuentra contemplada en el artículo 2 de la Ley 24.901 y que la Corte de Justicia de la Provincia ya sostuvo que ninguna reglamentación ni normativa de una obra social puede lesionar derechos garantizados por la Constitución Nacional y también contemplados en tratados internacionales que revisten igual jerarquía, por lo que, si las prestaciones peticionadas aseguran de mejor manera el derecho a la salud del niño, se sigue que el Instituto tiene la obligación de garantizar tales prácticas, de manera integral e ininterrumpida. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sabido es, continúa, que ante la cobertura de obra social, el afiliado debe realizar trámites internos pertinentes de verificación y que debe someterse a auditorías cuando corresponda. Ahora bien, de la compulsión de las actuaciones, en especial de la demanda de fs. 31/36, surge que la actora debió formular reclamos por ante el Instituto a fin de lograr la cobertura integral de las prestaciones requeridas o, en su caso, el reintegro de lo que debió abonar en forma particular. En consecuencia, quedó acreditado que sufrió dilaciones en la resolución de las cuestiones vinculadas a la salud del niño, atentando así

contra la celeridad que su situación exige, por lo que es de opinión de la señora Asesora de Incapaces que corresponde hacer lugar a lo peticionado por la amparista, por entender que ello redundaría en mejor beneficio de R.A.C. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 259/262 dictamina el señor Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, doctor Ramiro Michel Cullen, quien luego de un repaso de los antecedentes de la causa, precisa que el presente amparo tiene por finalidad mantener y mejorar las condiciones de salud del niño R.A.C., de 4 años de edad, quien se encuentra afiliado en forma forzosa a la obra social demandada como beneficiario de la señora G.A., quien ostenta la guarda con fines de adopción (fs. 13/15), condición reconocida por la parte demandada, teniendo además un Certificado de Discapacidad expedido por el Gobierno de la Provincia (fs. 3). Advierte que padece *descenso intelectual severo – retraso madurativo global* (fs. 6/7 y 8). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Luego, precisa que la amparista ha logrado acreditar los presupuestos para la procedencia de la acción de amparo, en tanto se pretende asegurar el pleno goce al derecho a la salud de un niño con necesidades especiales, quien requiere no sólo de medicamentos para mejorar o restablecer su salud, sino también insumos propios para su vida diaria, ya que padece de “extrofia de cloaca”. Además, por su condición de salud, necesita una alimentación especial astringente, según consta a fs. 18 del expediente administrativo 74-26141/2007-0, debiendo ponderarse que se le diagnosticó un cuadro de desnutrición, entre otras complicaciones. La provisión de medicamentos y descartables se encuentra justificada por pedido médico de fs. 21/24, que solicitados a la obra social, reconoció la cobertura parcial de algunas de las prestaciones (fs. 23 del expediente administrativo referido). Respecto de los preparados magistrales, se negó su otorgamiento por no contar la prestataria con precios de referencia en el sistema (fs. 25 de ese expediente), lo que no constituye fundamento suficiente para denegar la prestación cuando ha sido indicada por los profesionales tratantes. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se verifica -sigue reseñando el señor Fiscal de Cámara- que se abonaron los traslados y alojamientos en Buenos Aires por derivación al

Hospital Garrahan y quedó demostrado que el niño requiere, por otras patologías que lo afectan, de varias intervenciones quirúrgicas de cadera. El plan médico es realizar: a) hostomia de hipogastrio; b) cerrar colostomía; c) continuar con mal formación urogenital; y la terapia de rehabilitación resulta razonable que sea cubierta, en la medida que se acompañe pedido médico, del mismo modo que el acompañante terapéutico y la maestra integradora, durante su escolarización, que, dada su edad, comenzaría el presente año lectivo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por todo ello, en atención al superior interés del niño, considera el señor Fiscal de Cámara procedente el amparo interpuesto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 263 se llaman autos para sentencia, providencia consentida. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I) En fecha 28 de junio de 2017 he dictado sentencia en la causa “P.H.M. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta” (CApel.CC.Salta, Sala III, Tomo 2017 DEF., fº 467/474), en un caso en cierto modo similar al que ahora nos convoca. El antecedente es de suma utilidad, toda vez que la Corte de Justicia de la Provincia –en FERIA- en fecha reciente, confirmó íntegramente dicho fallo por lo que su doctrina resulta aplicable en lo pertinente (CJS, año 2018, voto de los doctores Guillermo Alberto Catalano, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar y Sandra Bonari -Jueces de Corte y Jueza de Corte en FERIA- Tomo 216:733/742, del 19 de enero de 2018). \_\_\_\_\_

### \_\_\_\_\_ **CONSIDERANDO** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I-a) *La acción de amparo*: La vía escogida para el planteo de la pretensión es uno de los puntos que enfrentan a los litigantes en el caso, dado que a fs. 238 el Instituto demandado alega que debió agotarse la instancia administrativa, antes de promover la presente acción de amparo. Al respecto recordaré -tal como sostuve invariablemente en precedentes en los que intervino como juez de grado en procesos de amparo- que la Constitución de la Provincia, en su artículo 87, al consagrarlo, dispone que la acción resulta procedente frente a cualquier decisión, acto y omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de la Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión ya consumada. El

amparo constituye un proceso excepcional utilizable en situaciones extremas por carencia de otras vías legales aptas, y su apertura requiere de circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del amparo (CJSalta, Tomo 45: 333; 47: 395; 56:1181; 64:233). Procede tanto contra decisiones cuanto también ante omisiones que pueden ocasionar lesiones frente a quien debe ejecutar un acto concreto. Con relación a la lesión, ésta debe ser actual, debe tratarse de un perjuicio real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. Quedan excluidos de la acción de amparo los perjuicios imaginarios, debiendo además ser cierto el daño que se pretende reparar (Expte. N° 553.186/16 in re “G. T., G. G. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta, Amparo”, fallo del 28 de junio de 2016, CApel. CC. Salta, Sala III, año 2016, f° 234/243).

\_\_\_\_\_ Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en sostener que la vía del amparo sólo puede ser utilizada cuando no existan otras instancias -administrativas o judiciales- se ha aceptado su procedencia en aquellos supuestos que requieren una urgencia en reparar el derecho constitucional vulnerado, tal como de manera prístina se advierte ocurre en el caso de autos, no sólo a tenor de lo expuesto en la contestación de demanda aludida, sino asimismo del resultado negativo de la audiencia que da cuenta el acta de fs. 253, donde se procuró arribar a acuerdo que de respuesta al pedido del niño amparista.

\_\_\_\_\_ Es que, cuando la salud del beneficiario requiere la provisión de la medicación y tratamientos que solicitan los distintos profesionales que lo atienden, ante un cuadro muy severo y complejo, que determinara que el propio Gobierno de la Provincia extendiera el Certificado de Discapacidad de fs. 3, de fecha 19 de abril de 2017, con vigencia hasta el día 19 de abril de 2022, el tránsito por las actuaciones administrativas, cuando no hay respuesta integral a los pedidos, se evidencia inconducente e inútil.

\_\_\_\_\_ El Certificado de Discapacidad aludido consigna el diagnóstico de la

grave patología que padece R.A.C., a saber: anomalías de la marcha y de la movilidad, falta del desarrollo fisiológico normal esperado, otros orificios artificiales del tubo gastro intestinal, lo cual reclama, a más de los tratamientos explicitados, de un acompañante eventual. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En este sentido, el estándar de interpretación fijado por la Corte Federal impone que, si se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento tanto en el texto constitucional como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía por el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna Federal, y ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (Fallos, 324:3074; y Corte de Justicia de Salta, Tomo 175:417).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Ha precisado la Corte Címera que no obstante que sus fallos no resultan obligatorios para situaciones análogas, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos, quienes sólo pueden apartarse si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, 04-07-85, “Cerámica San Lorenzo S.A.”, L.L. 1986-A-178, y E.D. 115-323; Id. 24-10-95, J.A. Rep. año 1999, pág. 1111, n° 80 y 87; Id., Fallos 212-51, y L.L. 53-307; Id., Fallos 212-160, y L.L. 53-39; Id. Fallos 307-1094; conf. Borda, Guillermo: *Parte General*, Bs. As., Edit. Perrot, 1970, I, pág. 81/82; Sagüés, Néstor P.: *Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, E.D. 93-892; Morello, Augusto M.: *El Proceso Justo*, Bs. As. - Ed. Abeledo-Perrot-, La Plata –Lib. Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C-808, ap. I; CApel.CC.Salta, Sala III, año 1990, f° 389; id. id. año 2002, f° 244, id. id. año 2005, f° 21), criterio que por otra parte no puedo dejar de sostener en la actualidad teniendo presente que el amparo, en el orden federal, ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1.994, que dice en su artículo 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo,



siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, razón por la cual ha eludido de manera clara aludir a la vía administrativa como reparo de procedencia de la acción. Además, el derecho a la salud –máxime tratándose de niños discapacitados- se encuentra también receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, que por expreso mandato constitucional, en el pensamiento de los constituyentes de 1994, tienen igual jerarquía que la propia Constitución Nacional, con lo cual se ha ensanchado la base constitucional y enriquecido el espectro de derechos tutelados con rango supremo (artículo 75 inciso 22).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De todas maneras, lo cierto es que invocar que la parte actora no ha agotado la vía administrativa, se aprecia en la especie una afirmación ritualista, puesto que está claro que el Instituto no ha de proveer de manera espontánea a la cobertura integral de las prácticas reclamadas, de suerte tal que no se atisba razón alguna para esgrimir este argumento como una línea argumental obstativa de la procedencia del amparo intentado.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I-b) *El derecho a la salud*: Sabido es que el derecho a la salud ha sido considerado como un primer derecho de la persona humana, desde que el hombre es el eje y centro de todo sistema jurídico, estando consagrado en los artículos 10, 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42 de la Constitución Provincial; en el artículo 42 de la Constitución Nacional; en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tratado que adquirió jerarquía superior en virtud de los artículos 31 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, como así también tuvo reconocimiento en los artículos 10, incisos 3 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948; artículos 4, 5 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El derecho constitucional a la preservación de la salud, emerge del derecho a la vida y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho “que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor

fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (Fallos, 316:479); y que “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen rango constitucional, esta Corte ha reafirmado en posteriores decisorios el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- y ha destacado la 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” (Fallos 321:1684 y 323:1339; CSJ, octubre 16 -año 2001- in re “Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social- Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas- Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, publicado en la Revista El Derecho del día miércoles 27 de marzo de 2.002).

\_\_\_\_\_I-c) *Las personas con discapacidad – Normativa Constitucional y reglamentaria*: Cabe tener presente que la Ley N° 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (a la que la Ley 27.044 le otorgara jerarquía constitucional), que en su artículo 26 dice: “Habilitación y rehabilitación 1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinario de las necesidades y capacidades de la persona; b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia

comunidad, incluso en las zonas rurales. 2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación. 3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En el ámbito de la Provincia de Salta, la Ley 7.127 que estructura el Instituto Provincial de Salud de Salta, señala que su creación tuvo por objeto “la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma, como así también respecto de aquellas contingencias sociales que pongan en riesgo la integridad psicofísica de sus afiliados, a través de prestaciones de salud equitativamente integrales, solidarias, financieras y técnicamente eficientes y razonablemente equilibradas, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social” (artículo 2). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Y, en lo específico al caso que nos convoca, es oportuno poner de resalto que el Decreto 3.402/07 dispone que el objetivo del Instituto Provincial de Salud de la Provincia se realice mediante prestaciones de asistencia médica, farmacéutica -entre otras- en la proporción, extensión y forma que se establezca por el directorio o autoridades superiores y de acuerdo a las posibilidades económicas y financieras (artículo 2, punto 2.1), quienes tienen la facultad de reconocer una proporción mayor a la dispuesta por la reglamentación de acuerdo a las circunstancias del caso, lo que será resuelto en conjunto por las autoridades a cargo del área prestacional y del área administrativa, financiera y contable (artículo 2, punto 2.4). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Es decir, que no puede desconocerse que la normativa legal deja librada a la decisión de los superiores de dichas áreas la aplicación de excepciones al régimen estatuido para todos los afiliados. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Aún cuando el Decreto 3.402/97 expresamente dispone que la obra

social provincial no integra el Sistema Nacional del Seguro de Salud ni reviste la categoría de agente del Seguro de Salud establecido por las Leyes 23.660, 23.661, 24.754 y 24.455 y sus decretos reglamentarios (artículo 1), se ha entendido que, cuando está en juego el derecho de salud consagrado por las normas constitucionales, siendo éstas operativas, la obra social debe tomar las previsiones necesarias para cumplir con la protección de sus afiliados, debiendo las disposiciones nacionales beneficiar a la totalidad de los ciudadanos, independientemente de la cobertura que establezca una obra social a la cual se encuentre afiliado, e incluso aunque carezca de ella. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De todas maneras, la Corte de Justicia de la Nación precisó “que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las Leyes 23.660, 23.661 y 24.901 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 (doctrina de Fallos 327: 2127), criterio seguido por la Corte local (CJS, Tomo 129:951/960). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por lo demás, la Provincia de Salta adhirió mediante Ley 7.600 (de fecha 17/12/2009) modificada por Ley 7.614, a la Ley 24.901 tal como lo expusiera en el precedente Burgos (expte. CAM 555.956/16, CApel. CC. Salta, Sala III, año 2016, fº 332/341). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En reciente fallo la Corte de Justicia de Salta (Tomo 204:249/262) dijo que “la proclamación del derecho a la salud parte de concebir al hombre 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, según la Organización Mundial de la Salud. 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, cuando la salud y la vida de las personas se encuentran en peligro. Ello es así, porque el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos, entre ellos el de preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser

justificada (Tomo 91:603; 125:1027; 142:771)”. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Y en lo que a la cobertura médica en relación a dolencias de personas con discapacidad sostuvo que “la referida Ley 24.901, denominada *Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad*, fue promulgada en diciembre de 1997, y la Ley Provincial 7600 que adhiere al sistema de la Ley Nacional (publicada el 17-XII-2009), modificada por Ley 7614, en el artículo 2 establece en forma expresa que el Instituto Provincial de 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 Ley 24901”, y también que “la actora, según constancias de fs. 6, es una persona discapacitada y, en el caso, resulta de aplicación lo prescripto por la ley 24901. Además, en la Provincia de Salta, el Decreto 2405 en su artículo 2° establece que: 'Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 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' (esta Corte, Tomo 112:451; 125:401)”, (CJS Tomo 129:791/804). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I-d) *La solidaridad contributiva*: la Corte de Justicia de Salta, dando actual respuesta a uno de los argumentos expuestos por la demandada para desconocer o circunscribir el alcance de las prestaciones requeridas en sede judicial por sus afiliados, dijo que “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- cabe señalar que la demandada 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 y tal como se señaló, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. 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 (esta Corte, Tomo 99:185; 146:973). 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 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 (cfr. Tomo 81:845; 114:903). Lo expuesto en los párrafos anteriores –sigue señalando- 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 demostrar, que exista una desproporcionada magnitud entre la suma de dinero que la obra social debe gastar para cumplir con el pedido del amparista 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 del sistema, como se sostiene en el informe presentado. Precisamente, lo reclamado es que la demandada, en cumplimiento de su objeto (artículo 2 de la Ley 7.127), adopte un rol pro activo, facilitando el farragoso tránsito de sus afiliados para

la obtención de un servicio de salud integral, teniendo en cuenta que en ello se comprometen sus derechos fundamentales. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I-e) *La solución del caso*: Se debe recordar que la Corte Federal ha sostenido que “...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos” (cfr. Corte Suprema, in re “Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional”, del 15/6/04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122). Y en virtud de ello y el análisis que antecede, es dable advertir que la decisión que se cuestiona en el presente amparo, evidencia su arbitrariedad e ilegitimidad -en el sentido constitucional de tales términos a los fines de la procedencia de la acción de amparo promovida- al apartarse de los postulados de la Ley provincial 7.600 y de la Ley nacional 24.901 que le sirve de antecedente, vulnerándose principios constitucionales fundamentales, por lo que cabe acoger la petición deducida, en consonancia con sendos dictámenes de la señora Asesora de Incapaces N° 2 de fs. 254/257 y del señor Fiscal de Cámara de fs. 259/262. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La Corte de Justicia de la Provincia in re “P.H.M. vs. Instituto Provincial de Salud, de fecha 19 de enero de 2018, en un caso en el que se demandó a la obra social de la Provincia de Buenos Aires -Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)-, y en el cual además recordó precedentes donde sostuvo 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). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Se acreditó en este juicio que el niño padece de severas anomalías, básicamente en su aparato digestivo, urinario y genital y que el tratamiento médico prescripto se encuentra reconocido por el Instituto demandado (v. copia de los expedientes administrativos aportados). También se encuentra probado que requirió la amparista en sede administrativa la cobertura integral de los tratamientos, prácticas y medicamentos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Así, ante las circunstancias comprobadas, se evidencia que el accionar del Instituto resulta manifiestamente arbitrario e ilegal, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y del artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta, al desestimar parcialmente las prestaciones reclamadas, sin perjuicio del mérito en particular de cada una de ellas, que paso a detallar:

\_\_\_\_\_ I-e-1) *Prestaciones médicas tipificadas, farmacológicas, medicamentos y preparados magistrales, material descartable y anteojos*: como bien se advierte a fs. 256 vta., la actora debió formular reclamos por ante el Instituto a fin de lograr la cobertura integral de las prestaciones requeridas o, en su caso, el reintegro de las que debió abonar en forma particular por ellas. Demostrada la dilación incurrida por la obra social en la cobertura de tales prácticas, y ante la gravedad del cuadro que presenta R.A.C., resulta pertinente establecer en la condena que deberá cubrir tales prestaciones, de manera integral, incluidos los preparados magistrales, dado que, como también se advierte a fs. 261, negar su reconocimiento por no contar la prestataria con precios de referencia en el sistema (fs. 25 del expediente 74-26.141/2017-0), no se expone como un argumento de entidad de parte de la demandada, siendo que se trata de lo sugerido por los profesionales que lo atienden, en los propios hospitales públicos de la Provincia en varios de los casos. Puntualmente, en el Materno Infantil (ver fs. 97 de autos en cuanto a las recomendaciones alimentarias).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I-e-2) *Sesiones de kinesioterapia, fisioterapia, fonoaudiología, psicología, psicopedagogía, terapia psicomotriz, acompañante terapéutico y maestra integradora*, también es pertinente el reclamo formulado, en tanto el objetivo de tales prácticas encuadra en lo que se entiende por *interés superior del niño*, tal como lo contempla el artículo 3° de la Ley 26.061, y ello, en un



100% de su costo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Obviamente que, en todos los casos, las terapias de rehabilitación deberán estar avaladas por el pedido médico respectivo, al igual que el acompañante terapéutico y la maestra integradora, en razón que, dada la edad del niño, debe comenzar su actividad escolar en el presente año lectivo (ver fs. 261) Asimismo, los aranceles que se abonen a valores I.P.S., no podrán ser invocados cuando sean inferiores al Nomenclador Nacional. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para así decidir, tomo en cuenta lo dicho por la Corte de Justicia de la Provincia en el precedente ya citado: “P.H.M. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta” en cuanto que en lo relativo “al agravio dirigido a controvertir la aplicación del Nomenclador Nacional cabe mencionar 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 atienden 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 la Convención, en un marco que asegure la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el art. 4º, inc. 3, de dicho instrumento (cfr. esta Corte, Tomo 210:387). Así, bajo tales presupuestos, no puede tener acogida el agravio relativo a una supuesta errónea aplicación judicial del Nomenclador Nacional, en virtud que éste no resulta ajeno a la jurisdicción local como pretende la demandada. Es que, si bien la legislación provincial habilita la conformación de un nomenclador especial establecido entre el demandado y 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”. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_I-e-3) Cobertura de las *prácticas quirúrgicas*, siendo que la patología del niño así lo demandará, deberá la obra social cubrir también al 100 % tales prestaciones. En efecto, está acreditado que habiendo sido trasladado el beneficiario al Hospital Garrahan, se determinó que, por su patología, requiere de otras cirugías de cadera dentro de tres o cuatro años (ver expediente administrativo N° 74 27.643/2017-0), cuanto que la necesidad de tales prácticas surge del informe del Hospital Público Materno Infantil (ver fs. 20 del expediente N° 30.313/17-0), donde se diagnosticó extrofia de cloaca por mal formación ano rectal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Es obvio que las intervenciones quirúrgicas deberán ser solicitadas por los médicos tratantes, en cada oportunidad que estimen necesario, debiendo el Instituto proveer en consecuencia. Tal es el alcance de la condena que se establece a su respecto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_I-e-4) Pedidos de *órdenes de consulta ilimitadas*, reconocimiento de *gastos de determinado profesional que cobre arancel diferenciado* y cuya trayectoria sea reconocida, cuanto cobertura de *pasajes aéreos en otras aerolíneas*, no hay razón actual que evidencie la necesidad de una condena a su respecto, ya que una decisión con tal laxitud, soslaya el debido contralor de los organismos pertinentes de la demandada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En efecto, disponer se entreguen órdenes de consultas de manera ilimitada, importa dejar de lado la reglamentación interna del Instituto, que no se evidencia –o al menos no ha quedado demostrado en la presente litis– manifiestamente arbitraria o ilegal, no pudiendo razonablemente entenderse que se pueda restringir o limitar su extensión en casos como en el que nos ocupa, en que la patología del niño requiere de la permanente atención profesional para el contralor de la evolución de su enfermedad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Otro tanto acontece con la autorización para consultas de profesionales que cobran arancel diferenciado, puesto que tampoco se ha demostrado que se

niegue tal cobertura, en el marco de la regulación normativa que rige el vínculo de los profesionales de la salud con el Instituto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Y, sobre los traslados por vía aérea, cabe destacar que, si la Provincia tiene celebrado convenio con Andes Líneas Aéreas, en base al cual cumple con derivaciones de pacientes del Instituto a la ciudad de Buenos Aires, los horarios de esta aerolínea que vuela ida y vuelta en forma diaria a la Capital Federal (lo cual he consultado en la página web de la empresa), no pueden ser invocados como arbitrarios a los fines del amparo promovido, ya que se trata de prever su traslado con anticipación, cuando la salud del niño lo requiera, y adecuarse a ellos, como lo hacen los restantes afiliados del Instituto. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I-e-5) *Los reintegros*: En cuanto a los reintegros solicitados, he sentado criterio sobre su procedencia, en consonancia con el criterio sustentado por la Corte de Justicia de la Provincia, que resolvió ante un pedido en tal sentido: “... que en autos no se discute una cuestión meramente patrimonial, como lo pretende el recurrente, ya que el reconocimiento del derecho reclamado respecto al reintegro de gastos resulta ser la consecuencia de la modalidad de la cobertura ordenada y reconocida por el impugnante en sede administrativa. Por lo demás, cabe decir que resulta irrazonable exigir al actor el previo cumplimiento de los trámites administrativos legalmente previstos, toda vez que ello implicaría -en la especie- agravar los efectos negativos de la enfermedad de la niña, con posibles consecuencias irreversibles. La particularidad y urgencia del caso impone -de manera expedita- una solución que posibilite a la hija de los actores el oportuno, libre, permanente e ininterrumpido acceso al ejercicio de los derechos a la salud y a la integridad física” (CJS Tomo 138:15/26). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II) *Las costas*: se imponen a la demandada en su calidad de parte vencida en el juicio (artículo 67 del Código Procesal). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por ello, habiéndome pronunciado en similar sentido en el precedente registrado en el Libro de Protocolo de este Tribunal (año 2017, fº 231/236, y año 2017, fº 452/457) y compartiendo lo dictaminado por los funcionarios del Ministerio Público, \_\_\_\_\_

**F A L L O**

\_\_\_\_\_ I) **HACIENDO LUGAR** –en lo sustancial- a la acción de amparo deducida en autos y, en consecuencia, **ORDENANDO** a la demandada, el Instituto Provincial de Salud de Salta, en la persona de su señor Presidente, disponga lo pertinente a efectos de que se cubra en un 100 % y lo sea por un plazo inicial de 18 (dieciocho) meses computados desde la promoción de la demanda (13 de octubre de 2017): a) las prestaciones enumeradas en los apartados I-e-1), I-e-2), I-e-3) y I-e-5) de los considerandos de la presente, para lo cual deberá la actora presentar un presupuesto integral de tales prácticas para su evaluación por el servicio de Auditoría del Instituto y copia del mismo al Tribunal, en un plazo que no supere los veinte días hábiles; b) el reconocimiento de las diferencias no afrontadas por el Instituto para lo cual deberá practicar la accionante planilla de liquidación consignando los saldos impagos. Todo, **CON COSTAS** a la demandada (artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_II) **REGULANDO** los honorarios profesionales -de carácter alimentario- de la doctora Ana Cecilia Cuellar, por su actuación en autos, como apoderada de la actora, en la suma de \$ 29.300 (pesos veinte nueve mil trescientos) con arreglo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 8.035 y lo informado por el Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta mediante Resolución del Consejo Directivo Consejo Directivo de fecha 15/11/17. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III) **MANDAR** se copie, registre y notifique personalmente o por oficio a la demandada y al señor Fiscal de Cámara en su despacho. \_\_\_\_\_