

_____Salta 28 de mayo de 2019. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**P., M. d. J. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - AMPARO**" - Expte. N° **EXP - 668583/19 de Sala**, y _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____I) La señora M. d. J. P. en representación de su hija A.R.P., en el marco de la acción de amparo promovida contra el IPSS, deduce medida cautelar solicitando que se le haga entrega de la leche medicamentosa prescrita, con la cobertura del 100%, por haber sido diagnosticada alergia a la proteína de la leche de vaca y reflujo esofágico, toda vez que no puede abonar el importe que se pretende y tal circunstancia pone en riesgo el tratamiento, la salud y la vida de la menor. Solicita también la devolución de todo lo abonado por la compra de la leche medicamentosa (cfr. fs. 21/38). _____

_____Afirma que la verosimilitud del derecho se sostiene en la documental que avala la situación de salud de la niña que requiere de la ingesta única y exclusiva de la leche medicamentosa Neocate Gold y acompaña informe de su médico de cabecera. Aduce que el peligro en la demora resulta palmario porque se halla en juego el derecho a la salud comprendido dentro del derecho a la vida de la niña, cuya alimentación y nutrición depende exclusivamente de esta leche y que el tiempo que insuma esta acción, por corto que sea, va en su detrimento, porque día a día va insumiendo las escasas latas con que cuenta, sin que su parte pueda asumir su compra, dado su elevado costo. _____

_____Ofrece su caución juratoria personal y la de su letrada. Cita jurisprudencia que abona su postura y solicita se haga lugar a la medida cautelar solicitada. _____

_____II) La precautoria solicitada en autos se enmarca en la figura de la cautela innovativa, decisión ésta que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado y se traduce en la injerencia del juez en la esfera de la libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor (Peyrano, Jorge Walter, La Medida Cautelar Innovativa, ed. Depalma 1981, pág. 21/22). Al

mutar el estado de hecho o de derecho, configurando un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa, su procedencia debe ser examinada con criterio restrictivo, desde que se trata de una medida excepcional. _____

_____ Si bien la medida cautelar innovativa configura un anticipo de decisión favorable respecto del fallo final de la causa, es admisible cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, a fin de habilitar una resolución que concilie, según el grado de verosimilitud, los derechos en juego. Se trata de una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o derecho existente el tiempo de su dictado (cfr. Falcón Enrique M, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, t. IV, pág. 420). _____

_____ En materia de amparos, en ese marco de excepcionalidad, se ha reconocido la viabilidad de esta medida a fin de evitar que la sentencia definitiva pueda resultar de imposible cumplimiento, tendiendo a asegurar el éxito de la resolución definitiva con que concluirá el juicio y hacer que la sentencia tenga la misma eficacia que si se hubiere dictado al momento de la demanda. Este criterio es de especial aplicación cuando se encuentra en juego el derecho a la salud (CSJN 362:1400; 325:2367; 326:970). _____

_____ La Corte de Justicia de Salta ha dicho reiteradamente que las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. Dicho análisis no entraña más que un juzgamiento acerca de la posibilidad de la existencia del derecho debatido, toda vez que su definitivo esclarecimiento constituye materia del pronunciamiento final a dictarse oportunamente (Tomo 70:1025)” (CJS, Tomo 124:165/176). _____

_____ El *fumus bonis iuris* para la procedencia frente a actos administración pública, aún cuando no se requiera una prueba incontestable de la existencia del derecho, hace necesaria la comprobación sumaria de los hechos que *prima facie* determinarían la arbitrariedad del acto recurrido (cfr. Falcón, op. cit. pág. 423). _____

_____ La ley 27.305 determina que las obras sociales enmarcadas en las leyes

23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de leche medicamentosa para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, las que quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). A continuación, el artículo 2 determina que cualquier paciente es beneficiario de esta prestación, sin límite de edad, cuando presente la correspondiente prescripción del médico especialista que así lo indique. _____

_____ La Provincia de Salta, se adhirió a la norma antes citada mediante ley 8080. Su artículo 2 establece que el Instituto Provincial de Salud de Salta deberá incorporar como prestaciones obligatorias a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura de leche medicamentosa, sin límite de edad y con la correspondiente prescripción del médico especialista, para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, sin perjuicio de las obligaciones que le corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago. Por su parte el artículo 3 aclara que las personas que carecieran de cobertura de obra social, serán atendidas por el Estado Provincial en las prestaciones a que se refiere el artículo anterior. _____

_____ En el caso, se tiene a la vista el certificado médico -cuya copia obra a fs. 5 de autos-, emitido por la doctora Gladis Victoria Villarruel, el día 10 de mayo de 2019. Allí se consigna el diagnóstico de la niña -alergia a la leche de vaca, que se manifiesta en un mal progreso de peso, ahogos reiterados y diarrea- y también el tratamiento prescrito, consistente en el consumo de leche hidrolizada, la que debe continuar consumiendo hasta que se supere la alergia.

_____La actora acompañó la notificación remitida por el IPSS, en la que se le comunica que por vía de excepción se ha autorizado un descuento del 80% con vigencia hasta el 31 de marzo de 2019. _____

_____Si bien la precautoria requerida tiene estrecha relación con la acción de fondo, evaluando la gravedad de la situación denunciada por la accionante (cfr. cont. de fs. 10/19) y estando en juego el derecho de salud de una niña con diagnóstico de RGE severo, que tuvo riesgo de broncoaspiración (cfr. fs. 10), situación expresamente contemplada en las normas antes citadas; el derecho a la vida y a la salud, que es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta garantizado tanto por la Constitución Nacional como por la Constitución de la Provincia y los Tratados Internacionales de rango constitucional, cabe admitir la cautelar solicitada. _____

_____Ello porque es concluir en grado de verosimilitud que la interrupción de la ingesta de la leche prescrita constituye un peligro para la salud de la niña A.R.P. y que de no conceder la medida solicitada existe el peligro inminente de que esta se vea afectada, toda vez que la actora ha invocado la falta de recursos para asumir el pago del porcentaje del costo que la obra social no cubre -20%-. Sin embargo, se advierte que no se han acompañado elementos de convicción que así lo acrediten, por lo que la cautelar deberá ser otorgada por el plazo de treinta días, término en el que la solicitante deberá adjuntar constancias de los ingresos del grupo familiar. _____

_____Cabe precisar, igualmente que, en el sub lite, tal como ha dicho el Tribunal Címero Provincial, "El interés del menor, debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (CJSalta, marzo 28-2005, "Bellomo vs. Obra Social del Consejo Profesional de Agrimensores", Tomo 96:757/768). _____

_____ La medida tiene por finalidad evitar el riesgo que entraña para la salud de la niña, cuya patología se encuentra *prima facie* acreditada, la suspensión del tratamiento, situación que justifica adelantar provisionalmente la pretensión de fondo, a fin de evitar consecuencias irreparables. Corresponderá, entonces, hacer lugar a la medida cautelar peticionada. _____

_____ Todo ello, sin perjuicio de considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar, una vez vencido el plazo por el que se otorga a la amparista para acreditar los ingresos del grupo familiar. Asimismo, se difiere para el momento de la resolución de la acción de fondo, el tratamiento de la pretensión referida al reintegro de lo ya abonado por la compra de la leche medicamentosa. _____

_____ Finalmente, como contracautela, corresponde requerir, en forma previa, se preste, en cualquier audiencia, la caución juratoria ofrecida por la amparista y su letrada patrocinante a fs. 32, en los términos y a los fines del artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ Por ello, _____

RESUELVO

_____ I) **HACER LUGAR** a la a la medida cautelar innovativa solicitada por la señora M. d. J. P. en representación de su hija menor A.R.P., y, en consecuencia, **ORDENAR** que el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S) provea la inmediata cobertura del 100% del costo de la leche medicamentosa "Nutrilon Pepti Junior HE", con la continuidad dispuesta por los médicos tratantes por el plazo de treinta días, en el que deberá acompañarse constancias de los ingresos del grupo familiar. Ello, previa caución real o personal de la requirente y de su letrada patrocinante, a satisfacción del Proveyente (artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia). _____

_____ II) **MANDAR** se copie, registre y notifique por oficio al señor Presidente del Instituto Provincial de Salud de Salta, con copia de la presente sentencia y bajo legal apercibimiento. _____

CAUSA: "'P., M. d. J vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - AMPARO" - Expte. N° EXP - 668583/19.

CAPELCCSALTA, SALA IV; SALTA; T.2019 SENTENCIA
INTERLOCUTORIAS; FS° 307/309. 28/05/2019. VOCALES: DR.
RUIZ, JOSE GERARDO, DRA. VALDEZ ORTIZ, GUADALUPE;
SECRETARIA: DRA. CORNEJO, MARIA EUGENIA.-