

REGISTRADA

Folio: As.T

Libro:

Fecha:

_____ Salta, 7 de Septiembre de 2020 _____

_____ AUTOS Y VISTOS: Esta Causa AFP – 167.581/2.020 Caratulada: ACCION DE AMPARO PRESENTADO POR EL DR. PEREZ ALSINA, JUAN AGUSTIN - FISCAL DE ESTADO DE PROV. SALTA - CON EL PATROCINIO LETRADO DEL DR. GONZALEZ, NALDO MARTIN Y DEL DR. AGUIRRE ASTIGUETA, SEBASTIAN FACUNDO EN CONTRA DE LAS CLINICAS, SANATORIOS Y HOSPITALES PRIVADOS DE LA PROVINCIA DE SALTA - AMPAROS CONSTITUCIONALES, y _____

_____ RESULTANDO: _____

_____ I) Se presenta Juan Agustín Pérez Alsina, en su carácter de Fiscal de Estado de la Provincia de Salta, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Art. 149 de la Constitución Provincial, con el patrocinio de los abogados Naldo Martín González y Sebastián Aguirre Astigueta, letrados de la Fiscalía de Estado, Matrículas Profesionales N° 2.313 y 2.723, respectivamente, constituyendo domicilio procesal y electrónico. Interpone acción de amparo en los términos del art. 87 de la Constitución Provincial y 43 de la Constitución Nacional, en contra de las Clínicas, Sanatorios y Hospitales Privados de la Provincia de Salta, con el objeto de que se les ordene el efectivo cumplimiento de las prestaciones y asistencia médica a pacientes con la enfermedad (COVID 19) en el ámbito de la Provincia de Salta, en sus establecimientos, de manera tal de garantizar el derecho a la salud, de incidencia colectiva sobre la población, amparado por el artículo 41 de la Constitución Provincial. _____

_____ II) Solicita se ordene cautelarmente, de manera preventiva y en tanto dure la emergencia sanitaria, la prioritaria y efectiva atención y asistencia médica de pacientes con la enfermedad identificada como COVID-19 respecto de los requerimientos y/o necesidades y/o cirugías no esenciales que reciban por otras patologías en cada uno de los establecimientos médicos que administran, de modo de dar respuesta a las perentorias necesidades de atención a los casos de COVID-19, ello a efectos de garantizar el inmediato acceso al servicio de salud de los pacientes, dejando a salvo los casos

esenciales por otras patologías también de emergencia. _____

_____ Entre otras consideraciones a las que remitimos, indica que el pedido obedece a la preocupación del Comité Operativo de Emergencia (COE) por asegurar una utilización optimizada y racional de los recursos médicos disponibles para enfrentar la situación de la pandemia por COVID-19 en Salta, indicando que se vienen presentando casos de clínicas que son renuentes a atender a personas que padecen el virus, sumado al proceder de algunas obras sociales (como PAMI) que se desentienden de sus afiliados. Luego de realizar consideraciones respecto de la gravedad del contexto y la velocidad en la propagación de los contagios, señala “que no obstante el enorme y loable esfuerzo que realiza el personal de salud (médicos y enfermeros) de nuestros hospitales públicos y algunos establecimientos privados, exigiendo al máximo la capacidad de respuesta, por distintas omisiones y conductas de diferentes clínicas, sanatorios y hospitales privados, obras sociales, agentes del seguro de salud e incluso empresas de medicina pre-paga, los pacientes se ven en la concreta situación de no poder acceder a prestaciones efectivas de salud en tales establecimientos, aún siendo sus beneficiarios, atento a distintas excusas que se expresan: se alega que algunas obras sociales no reconocen la prestación por el denominado módulo COVID, o que no han celebrado convenio ampliando las prestaciones, que llamen al 911 para que los deriven al SAMEC, que los PCR no se cubren, que no existen camas para atención disponibles, cuando efectivamente tienen camas para atender la contingencia en UTI u otras camas en piso que bien pueden utilizarse con las adaptaciones y resguardos respectivos. Es decir, distintos tipos de excusas, que están llevando al colapso de los hospitales públicos, pues allí se deriva toda atención y respuesta”. _____

_____ Remarca que uno de los principales problemas que se verifica es con relación al sector más vulnerable en esta pandemia, esto es, los adultos mayores, puesto que el principal operador del sistema, PAMI, no se ha preparado adecuadamente para la emergencia. “Como consecuencia de ello, se pone en riesgo de vida a un colectivo de personas más vulnerables en relación

a la enfermedad, debiendo por lo demás deambular en ambulancias del SAMEC por prestadores en donde la respuesta es que la obra social de los jubilados no ha previsto, firmado convenio ni asegurado la prestación de nuestros adultos mayores sino sólo en las mismas clínicas privadas con las cuales trabajaba antes de la Pandemia (Sanatorio Modelo, Cruz Azul y Hospital Militar), las que frente al universo de beneficiarios, en caso de contagios masivos, no podría operar, ya derivando pacientes al sistema público provincial”. _____

_____ Indica que, en algunas ocasiones y ante meras consultas, las instituciones privadas derivan automáticamente a los pacientes al servicio público “mientras los recursos humanos y técnicos existentes se distraen en prestaciones médicas que bien pueden postergarse o posponerse, razonablemente. Es que resulta imperioso que las demandadas (clínicas, sanatorios y hospitales privados de toda la Provincia concentren su atención y esfuerzos en los pacientes con COVID-19 por sobre los casos “no esenciales” de prestaciones de salud que les requieran en cada uno de sus establecimientos privados, los cuales -entendemos - deberían reprogramarse, de manera tal de priorizar los casos más graves que se vayan presentando, evitando de esa manera el colapso del sistema público”. _____

_____ Realiza apreciaciones respecto de los esfuerzos que ha realizado el sistema público para enfrentar la pandemia y, en algunos casos, la falta de correspondencia del sector privado. Refiere a que, si bien se han entablado canales de diálogo para prever el trabajo mancomunado y el fortalecimiento del sistema general; se han previsto desde el gobierno medidas –como la exención de impuestos a la actividad económica- para coadyuvar a esta finalidad; la demandada no se encuentra cumpliendo con sus correspondientes obligaciones. _____

_____ Efectúa consideraciones respecto de la legitimación activa y pasiva y la procedencia de la acción presentada –con cita de doctrina y jurisprudencia-. Ofrece prueba. Indica que están cumplidos los requisitos para despachar la medida cautelar impetrada. Solicita la citación como terceros del

PAMI, Galeno, OSECAC, LOSFA, Boreal, GCG Salud, Ámsterdam Salud, Unión Personal de UPCN y OSPRERA. Por última petición se despache la cautelar y, oportunamente se haga lugar al amparo. _____

_____ C O N S I D E R A N D O: _____

_____ I) Que las medidas cautelares tienen el objetivo de evitar que se tornen ilusorios los derechos de quienes las solicitan, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, como lleva dicho nuestra Corte, se trata de evitar la eventual frustración de los derechos de las partes, con el fin de que no resulten inocuos los pronunciamientos que den término al litigio. Están destinadas, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra¹. En esa línea y para que procedan, el planteo debe reunir los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. La Corte salteña ha señalado que “Las medidas cautelares constituyen un medio a través del cual la jurisdicción asegura el cumplimiento de resoluciones cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es verosímil y que el tiempo que demandará su sustanciación configura el peligro de que la decisión no pueda cumplirse como consecuencia de actos de disposición física o jurídica realizados por la otra parte. Los procesos cautelares carecen de autonomía desde el punto de vista del derecho sustancial, toda vez que su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer”². _____

_____ Que en el presente caso los requisitos se encuentran reunidos y, por ello, corresponde hacer lugar al planteo conforme a las consideraciones de hecho y de derecho que se desarrollan a continuación. _____

_____ II) En cuanto a la verosimilitud en el derecho, se ha considerado que el conocimiento del derecho invocado no exige un examen de certeza, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad³. Dentro de este limitado

¹ CJ Salta, Tomo 221-865/872, Tomo 109:623; 115:925; 132:633; 166:433, 208:873, entre otros.

² CJ Salta, 224: 623/630, 135:955; 224:645/656, 201:533.

³ CSJN, Fallos:306:2060 y 316:2855, entre otros.

marco cognoscitivo se tiene que el amparista se encuentra legitimado por el ejercicio de su obligación constitucional de realizar acciones positivas para la protección de la salud y la vida de los habitantes y residentes en la provincia de Salta en un marco de “igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales” (art. 75 inc. 23 de la CN) y de cuidar “la salud física, mental y social de las personas y asegurar a todos *la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades*” (art. 41 de la CP). A su vez el art. 42 de la Constitución local fija pautas para la elaboración de un Plan de Salud que debe ser impulsado por el Estado “con la participación de los sectores socialmente interesados, contemplando la promoción, prevención, restauración y rehabilitación de la salud, *estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos*”. _____

_____ Que la cuestión se encuentra enmarcada en una delicada cuestión de salud pública. El reconocimiento y protección de la salud surge de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental, encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 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. 2º; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10 inc. 3º y 12; y la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5 y 2, entre otros⁴. _____

_____ En cuanto a su dimensión de deber en cabeza del Estado y de los prestadores privados –legitimados pasivos–, la CSJN ha señalado 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

⁴ CJ Salta Tomo 199:63/82.

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).

_____ Que el derecho a la salud tiene una doble dimensión que se encuentra presente en el caso. Por un lado, es un derecho en cabeza de los ciudadanos y, por el otro, constituye un deber ineludible del Estado. En efecto, el marco normativo descrito establece que el Estado debe prestar adecuadamente el servicio de la salud pública. Normativa legal, constitucional y convencional pone en cabeza de los ciudadanos, como un derecho privilegiado, el derecho a la salud. A su vez, por ser un derecho prestacional, obliga a las autoridades estatales a prestarlo de manera eficiente e igualitaria. El Estado tiene, en virtud de los tratados internacionales, la obligación de emprender acciones positivas para garantizar el derecho a la salud⁵. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados-partes “hasta el máximo de los recursos” a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la salud⁶. Que estas obligaciones se hacen extensivas a todos los prestadores del servicio de salud, incluso los privados. Y es que existe un estándar, derivado del bloque de constitucionalidad, que se ha denominado “estatuto de la salud”, que desplaza o subordina las disposiciones contractuales, reglamentarias y legales por los mandatos derivados del bloque constitucional, el cual garantiza el derecho a la salud, en especial de aquellos grupos más vulnerables (arts. 75, inc. 22 y 23 CN, CSJN, Fallos: 330:3725)⁷. Todo ello exige una interpretación armónica que otorgue significación común a los componentes del sistema de salud, tal y como lo determina el art. 2 de la ley 23.662 “cuando alude a la provisión de prestaciones de salud igualitarias, integrales humanizadas que respondan al mejor nivel de calidad disponible”. _

⁵ CSJN, Fallos:323:1339.

⁶ CSJN, Fallos 329:1226.

⁷ Cf. Petre, Carlos y Uriarte, Fernando, “Derecho a la salud y acción judicial”, en *Tratados de los Derechos*

_____ En el presente caso, por consiguiente, el Estado provincial se encuentra abocado a cumplir con su obligación constitucional de realizar acciones positivas para la atención de la salud y la protección de la vida de los habitantes y residentes de la provincia. Que no puede desconocerse que esta obligación incluye al Poder Judicial como poder del Estado. Con ello se tiene claramente configurado este primer requisito. _____

_____ III) Que también se encuentra presente el requisito de peligro en la demora. El contexto de emergencia originado en la grave pandemia que afecta severamente el derecho a la salud pública de los salteños, conectado al riesgo cierto de que, debido al aumento exponencial de los contagios, la capacidad del sistema sanitario público se vea desbordada, lleva a la conclusión ineludible del alto, y parcialmente evitable, riesgo en el aumento de muertes por insuficiencia de recursos. La doble conducta reprochada a los operadores privados: i) derivar automáticamente consultas –y potenciales pacientes- al sector público y; ii) realizar atenciones médicas de cuestiones no urgentes o esenciales; supone –en una apreciación inicial y en el acotado marco de análisis de la medida cautelar requerida- una utilización irracional de los recursos disponibles y genera el riesgo cierto de un aceleramiento en la saturación del sistema para el tratamiento de casos críticos en el marco de la pandemia. _____

_____ Sobre el requisito de “*peligro en la demora*”, ha dicho la Corte local que en las acciones de amparo tal requisito debe adquirir una particular configuración, al tratarse de un proceso sumarísimo de índole también precautoria, por lo que a este requisito corresponde vincularlo necesariamente con la irreparabilidad o gravedad del perjuicio, o que el mismo resulte proporcionalmente mayor al que devendría en el supuesto de no otorgarse la medida. De ese modo, el peligro en la demora no se refiere tanto a la insatisfacción final del derecho sino más bien a que la tardanza en obtener esa satisfacción acarreará un perjuicio irreparable”⁸. La particular naturaleza del amparo presentado, el riesgo cierto en la salud y la vida de las personas ante

Constitucionales, Rivera, Elías, Grosman, Legarre (dir.), Abeledo Perrot, 2014, p. 1097.

una eventual saturación del sistema sanitario nos exime de mayores análisis al respecto. _____

_____ IV) Que no escapa al proveyente que el sistema de salud es un orden complejo que debe coordinar distintas medidas para la atención de la salud de la población. Que en este contexto resulta esencial instar a las partes al diálogo para poder compatibilizar la urgencia –en la que nos ha puesto esta crisis- para la atención de la pandemia con las demás prestaciones médicas que la población requiere. Se trata de un momento en donde los esfuerzos del sector público y privado deben mancomunarse para trabajar de manera solidaria y eficiente. _____

_____ V. En consecuencia, encontrándose reunidos los extremos referidos, resulta procedente la medida cautelar solicitada. _____

_____ Que por todo ello: _____

_____ **R E S U E L V O** _____

_____ **I) HACER LUGAR** a la medida cautelar impetrada en los términos y con los alcances expresados en los considerandos, **ORDENANDO** a las demandadas: en tanto dure la emergencia sanitaria, la prioritaria y efectiva atención y asistencia médica de pacientes con la enfermedad identificada como COVID-19 respecto de los requerimientos y/o necesidades y/o cirugías no esenciales que reciban por otras patologías en cada uno de los establecimientos médicos que administran, de modo de dar respuesta a las perentorias necesidades de atención a los casos de COVID-19, salvo los casos esenciales por otras patologías también de emergencia. _____

_____ **II) MANDAR** se protocolice y notifique por cédula por Secretaría a la parte actora, a cuyo cargo, y debido al marco de feria extraordinaria en el que se encuentra trabajando el Poder Judicial, quedará la notificación por cédula de los accionados en sus domicilios laborales y reales, a tal fin **HABILÍTENSE** días y horas. _____

Ante mí;

⁸ CJ Salta, Tomo 221-865/872, Tomo 54:665; Tomo 224: 623/630.