

(Tomo 241:1035/1052)

_____ Salta, 07 de abril de 2022.
_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados **"ACCIÓN DE AMPARO PRESENTADA POR LA SRA. B. L. C. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte. N° CJS 41.581/21), y _____

CONSIDERANDO:

_____ El Dr. **Pablo López Viñals**, la Dra. **Teresa Ovejero Cornejo**, los Dres. **Ernesto R. Samsón**, **Sergio Fabián Vittar**, **Horacio José Aguilar**, la Dra. **Sandra Bonari** y el Dr. **Guillermo Alberto Catalano**, dijeron: _____

_____ 1°) Que contra la sentencia de fs. 62/65 que rechazó la acción de amparo, dedujeron recurso de apelación la actora y la señora Asesora de Incapaces N° 7, a fs. 70/72 y 82, respectivamente. _____

_____ Para así decidir, el juez de grado consideró que de las constancias arrimadas a la causa, no surgía la existencia de un acto arbitrario o lesivo por parte de la accionada. _____

_____ En ese marco, afirmó que de la documentación obrante en la causa se verificaba que la obra social resolvió otorgar la cobertura prestacional -Módulos de Apoyo 37.15.01 x 4 y de Apoyo a la Integración 37.15.02 x 12-, con el reconocimiento del 100% por vía del reintegro a valores I.P.S. _____

_____ Con relación a la solicitud de reintegro por diferencias abonadas, consideró que la demandada admitió el reintegro de la suma de \$ 8.015 correspondiente a los honorarios del módulo de apoyo de los meses de mayo y junio, por el importe consignado en las facturas presentadas, sin que existan constancias de que la amparista haya efectuado reclamo por la diferencia de \$ 15.229,60 consignado en las facturas acompañadas en autos, y cuya falta de pago se le atribuyó a la demandada. _____

_____ Sobre tales bases, concluyó que no se evidenciaba que la demandada hubiera dispuesto una cobertura menor a la solicitada, ya sea en cantidad de horas o en su valor, ni que se hubiera negado al pago de los reintegros por las diferencias de arancel que pretende la actora. _____

_____ Al expresar agravios, la amparista aduce que la prueba fue valorada erróneamente, pues el dictamen de la Junta Médica de la obra social acredita que se autorizó la mitad de las horas de apoyo escolar prescriptas por la médica tratante y las autoridades educativas, conforme los pedidos agregados a la causa. Explica que desde tal postura, y sin desconocer la patología del menor ni la necesidad de la prestación indicada, solo se le reintegró el importe correspondiente a las horas autorizadas y a un valor inferior al del nomenclador de la Ley 24901. _____

_____ Asevera que lo decidido conculca el interés superior del niño al cercenar el apoyo requerido para su integración escolar. _____

_____ A fs. 88/90 vta., formula memorial de agravios la señora Asesora de Incapaces N° 7, quien postula el apartamiento de la sentencia del derecho vigente y de las constancias de la causa. _____

_____ En ese marco, advierte que el "a quo" vulneró el principio de congruencia al omitir atender la pretensión referida a la cobertura integral. Sobre este punto, indica que de la documental agregada surge que la obra social reconoció la práctica requerida en menor extensión a la prescrita y por valores inferiores a los previstos por el nomenclador nacional. _____

_____ Añade que no se tuvo en cuenta la doble situación de vulnerabilidad del menor -niñez y discapacidad-, a la vez que postula como inapropiado que se le imponga a la amparista retomar la sede administrativa para acceder a los reintegros pendientes como consecuencia de la falta de cobertura integral.

_____ Finalmente, esgrime que debido a la falta de remisión de las actuaciones a su despacho con posterioridad a la contestación del I.P.S., se privó a su representado del derecho a ser asistido a través de la actuación del Ministerio Público, con lo que no pudo ejercer su derecho a ser oído.

_____ A fs. 92/94 y 98/100 vta. contesta la demandada y solicita el rechazo del recurso de apelación, con costas, por los motivos que allí explicita.

_____ A fs. 108/110 y 119/120 vta. se incorporan, respectivamente, los dictámenes de la señora Asesora General de Incapaces N° 7 y del señor Fiscal ante la Corte N° 1, coincidentes en la procedencia de los recursos interpuestos.

_____ A fs. 121 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

_____ 2°) Que esta Corte tiene dicho que, a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (conf. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, entre otros).

_____ El amparo, por lo demás, constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (conf. doctrina de la CSJN en Fallos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros).

_____ El objeto del amparo -en resumen- es la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (conf. esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

_____ 3°) Que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994 no existía en el ámbito nacional texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Si bien las obligaciones del Estado en la materia podían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

modificó sensiblemente el panorama legal en cuestión (conf. art. 75, inc. 22).

En el mencionado pacto, los Estados Partes convinieron en propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (conf. CSJN, Fallos, 323:3229). De esta manera, el Estado asume ciertas obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida.

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquélla, que dimana de normas de la más alta jerarquía (conf. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la C.N.; 3° y 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12, incs. 1° y 2° ap. d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

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

4°) Que con posterioridad se sancionó la Ley nacional 26378 (B.O. N° 31.422 del 09/06/2008) mediante la cual 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 (B.O. N° 33.035 del 22/12/2014), se le otorgó jerarquía constitucional a la referida convención.

El propósito de la convención 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" (conf. 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 (conf. art. 4°, 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 (conf. art. 7°, ap. 2°).

Específicamente el art. 25 prescribe que los Estados Partes "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" (conf. incs. b y e).

5°) Que por otro lado, la Ley nacional 24901 (B.O. N° 28.789 del 05/12/1997) instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y la Ley provincial 7600 (B.O. N° 18.252 del 17/12/2009) 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 (conf. art. 2°).

Entre aquéllas se contemplan acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindar una cobertura integral a las personas con discapacidad de acuerdo a sus necesidades y requerimientos (conf. art. 1°). En esa línea, la norma 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 (conf. art. 2°).

El art. 15 se refiere a las prestaciones de rehabilitación entendiendo por tales "aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido". Añade -en su segundo párrafo- que "en todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que sea menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera".

Además la referida ley precisa las prestaciones terapéuticas educativas como aquellas tendientes a "promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación a nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo" (conf. art. 16) y caracteriza a las educativas como aquellas que "desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada, para realizarlas en un período predeterminado e implementarlas según los requerimientos de cada tipo de discapacidad" (conf. art. 17, primer párrafo).

6°) Que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada "medicina prepaga" (conf. CSJN, Fallos, 321:1684; 323:1339).

Esa doctrina del Alto Tribunal Federal fue reiterada en un caso en el que se demandaba a la obra social de la Provincia de Buenos Aires -Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)-, en el que, además, recordó precedentes donde dejó bien en claro que las

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

7°) Que como esta Corte ha puntualizado en precedentes similares la preocupación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que observó 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°, ap. 3° (v. Observaciones Finales al informe inicial de Argentina, aprobadas durante la 91ª sesión, celebrada el 27/09/2012).

8°) Que en ese marco jurídico que -a su vez- debe ser leído teniendo como horizonte el interés superior del niño (conf. art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 7°, ap. 2° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), debe examinarse la decisión del "a quo" que desestimó el amparo sobre la base de la ausencia de arbitrariedad en la obra social demandada.

9°) Que del simple cotejo de las piezas documentales agregadas en la causa luce patente la discordancia entre la prestación médica indicada para el niño M.C. y la efectivamente reconocida por el I.P.S.

En efecto, tal como señala la amparista y la señora Asesora de Incapaces, no ha sido controvertido en autos el diagnóstico -retraso mental leve- ni la prestación indicada para M.B.Ch., quien requiere de la intervención de un equipo multidisciplinario para estimular sus habilidades y lograr su integración a la escolaridad, para lo cual se solicitó la asistencia de una maestra de apoyo e integración de lunes a viernes, 2 horas por día, de mayo a diciembre (v. copia de los certificados de fs. 16 vta. y 17). Se acompañan además, copias de los presupuestos extendidos por la Lic. en Educación Especial donde se consignan los valores del módulo conforme el nomenclador nacional (v. fs. 19 y 20).

Por su parte, surge de las copias del expediente administrativo que la Junta de Admisión de la accionada otorgó la cobertura de los Módulos de Apoyo -código 37.15.01 por 4 horas mensuales- y de Apoyo a la Integración -código 37.15.02 por 12 horas mensuales-, con el reconocimiento al 100% y por vía de reintegro a valores de su propio nomenclador.

Sobre tales bases, la afirmación categórica que enuncia la sentencia respecto de que no surgiría la existencia de acto arbitrario o lesivo por parte de la demandada, en tanto no se ha dado una cobertura inferior, contraviene ostensiblemente las constancias de la causa. Lo mismo cabe decir de la conclusión por la que se infiere que la amparista dejó sin acreditar la

arbitrariedad o ilegalidad, pues, como se dijo, las piezas agregadas en la causa resultan ilustrativas en sí mismas para verificar que se autorizó un número menor de sesiones a las indicadas por la médica tratante, sin que se haya justificado o fundado la razón de tal decisión.

10) Que en ese contexto, la conducta de la accionada no se condice con los principios y prescripciones enunciados por el ordenamiento jurídico aplicable, lo que en la especie cobra mayor envergadura por encontrarse involucrado la afectación de un derecho de un menor. Bajo esa perspectiva, lejos de satisfacer la cobertura integral solicitada, la postura del I.P.S. resulta criticable desde que retacea la prestación indicada, comprometiendo con ello, el avance y desenvolvimiento progresivo de M.B.Ch., en su desarrollo e inserción escolar.

Lo expuesto, resulta suficiente para admitir la acción de amparo intentada, pues la finalidad de este instituto, como se tiene dicho es la concretización de los derechos humanos fundamentales cuando resultan arbitrariamente conculcados, tal como ocurre en la especie.

11) Que asimismo, corresponde admitir el agravio respecto de la petición de reintegro por las sumas abonadas en diferencia por la amparista, puesto que la misma obedece, precisamente, a la falta de cobertura de acuerdo a lo requerido y conforme a las facturas acompañadas (v. 25 vta. y 26).

Ello así, toda vez que, como tiene dicho de modo reiterado esta Corte, en la medida en que el reconocimiento del crédito guarde relación directa e inmediata con la protección de la salud, no puede predicarse que el reclamo sea exclusivamente patrimonial, y que en virtud del principio de economía procesal no resultaría procedente remitir la controversia a un debate en otro proceso, cuando su procedencia se encuentra suficientemente justificada (conf. Tomo 224:179; 229:445, entre otros).

No resulta óbice a lo dispuesto, el hecho de que la prestación se haya establecido a valores correspondientes al nomenclador nacional, en tanto este no resulta ajeno a la jurisdicción local como pretende la demandada.

Por lo demás, cabe señalar que si bien la legislación provincial habilita la conformación de un nomenclador especial que la demandada establezca con sus prestadores, su aplicación no puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados; ello es así, sin perjuicio de los derechos que en orden al nomenclador pactado con sus efectores y a las condiciones establecidas convencionalmente, pueda tener la obra social frente a éstos.

12) Que finalmente, con relación al agravio postulado por la Asesora de Menores referido al inadecuado marco que se dio a la intervención promiscua del Ministerio Público en la tramitación de estas actuaciones, cabe advertir que conforme surge de las constancias de la causa, se le dio intervención mediante el Sistema Informático de escritos Web al presentarse el amparo (v. fs. 28 y 31). Con posterioridad, se le notificó el dictado de la sentencia (v. fs. 67).

En este punto, resulta propicio reflexionar acerca de la naturaleza e incidencia de la intervención pupilar, pues a partir de la reforma de la Constitución Nacional y la equiparación a su jerarquía de los tratados de derechos humanos, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los

Derechos del Niño, aquella adquirió un mayor posicionamiento para propiciar la defensa de los niños y niñas. De esa forma, se robustecieron los argumentos y las adecuaciones procesales para facilitar el pleno ejercicio del acceso a la justicia en razón de la edad, en consideración a que la infancia constituye un grupo de especial protección (conf. arts. 1.1, 8°, 9°, 19 y 25 de la Convención Americana y 2°, 3.1, 5°, 6° y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, Observación General N° 17/28 de agosto de 2002, "Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño", Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana - Documento presentado por el grupo de trabajo a la Tercera Reunión preparatoria de Andorra - 2008).

Sobre el alcance de la actuación del Asesor en la protección de los menores la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que "si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas en el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor". Preciso además, que se debe garantizar la intervención del asesor "mediante las facultades que le concede la ley" constituyendo "una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad" (conf. casos "Furlán y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], párr. 242 y 243; y "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de setiembre de 2006).

En este marco, la única intervención otorgada a la Asesoría de Incapaces -antes de que la demandada se presente- luce insuficiente a los fines de posibilitar el ejercicio adecuado de la representación puesta a su cargo. En efecto, el resguardo del interés superior del menor amerita que se le otorgue a la Asesora una participación efectiva y no meramente formal, de modo que el niño reciba esa específica protección que el ordenamiento dispuso en atención a su especial vulnerabilidad, por lo que cabe acoger el agravio en estepunto.

13) Que en virtud de lo hasta aquí expuesto, corresponde admitir los recursos de apelación deducidos a fs. 70/72 y 82 y, en su mérito, revocar la sentencia de fs. 62/65, hacer lugar a la acción de amparo en favor de M.B.Ch. y ordenar a la demandada que otorgue el 100% de las prestaciones correspondientes a los módulos de Maestra de Apoyo e Integración Escolar en favor del menor, conforme la prescripción médica indicada. Disponer asimismo, el reintegro por parte de la accionada, de las sumas abonadas en diferencia por la amparista en relación a las prestaciones otorgadas y devengadas hasta el dictado de la presente, previa presentación de las facturas correspondientes.

14) Que en virtud del principio de la derrota corresponde imponer las costas de ambas instancias a la demandada (arts. 67 y 273 del C.P.C.C.).

Las Dras. **Adriana Rodríguez Faraldo** y **María Alejandra Gauffin**, dijeron:

_____ 1º) Que adherimos al voto que abre el presente acuerdo en sus fundamentos y solución jurídica, en lo que respecta al recurso interpuesto por la actora (v. fs. 70/72). _____

_____ En relación al agravio postulado por la señora Asesora de Incapaces N° 7 sobre la cuestión de fondo (v. fs. 88/90 vta.), cabe admitir su procedencia con sustento en el análisis ya efectuado con motivo de la apelación anteriormente tratada. _____

_____ En cuanto al agravio referido a la deficiente intervención que se le otorgó en la instancia de grado, adherimos a las consideraciones expresadas en el considerando 12) del voto que antecede, destacando sin embargo que tal deficiencia se encuentra subsanada al haber expresado las defensas que hacen a su representado en el memorial de agravios. _____

_____ Por lo que resulta de la votación precedente, _____

_____ **LA CORTE DE JUSTICIA,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I. **HACER LUGAR** a los recursos de apelación de fs. 70/72 y 82 y, en su mérito, **revocar** la sentencia de fs. 62/65. Con costas. _____

_____ II. **HACER LUGAR** a la acción de amparo deducida y, en consecuencia, **ordenar** al Instituto Provincial de Salud de Salta a otorgar la cobertura del 100% de las prestaciones correspondientes a los módulos de Maestra de Apoyo e Integración Escolar en favor de M.B.Ch., conforme la prescripción médica indicada. **Disponer**, asimismo, el reintegro por parte de la accionada, de las sumas abonadas en diferencia por la amparista en relación a las prestaciones otorgadas y devengadas hasta el dictado de la presente, previa presentación de las facturas correspondientes. Con costas. _____

_____ III. **MANDAR** que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dr. Pablo López Viñals, Dras. Teresa Ovejero Cornejo -Presidenta-, Adriana Rodríguez Faraldo, Dres. Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Horacio José Aguilar, Dra. Sandra Bonari, Dr. Guillermo Alberto Catalano y Dra. María Alejandra Gauffin -Juezas y Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Juan Allena Cornejo -Secretario de Corte de Actuación-).