

(Tomo 243: 795/808)

Salta, 09 de noviembre de 2022.

**Y VISTOS:** estos autos caratulados "R, D.J. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN" (Expte. N° CJS 42.053/22), y

**CONSIDERANDO:**

1°) Que contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2022 que dispuso no hacer lugar a la acción de amparo, con costas por su orden, el actor interpone recurso de apelación (actuación N° 7157208).

Para resolver como lo hizo, la magistrada de la anterior instancia realizó una reseña de los antecedentes y del marco jurídico aplicable. Consideró que la acción de amparo no era la vía apta para tratar la pretensión aquí articulada en tanto, a su entender, no se advierte una negativa arbitraria ni manifiesta por parte del I.P.S. En esa línea, indicó que del expediente administrativo 74-6460/2021 surge que no hubo gestiones por parte del amparista referidas a renovación de las prestaciones de maestra integradora, ni transporte especial para el ciclo 2022.

Evalúo que el I.P.S. viene dando cobertura mediante apoyo a la integración escolar por lo que no cabe suponer que, por no haberse tramitado su renovación, el demandado niegue una prestación que ya venía reconociendo. Por ello, sostuvo que el amparo no puede suplir las atribuciones de control y auditoría de la obra social para analizar la cobertura de la prestaciones requeridas, y que esta actividad interna de la obra social se activa a partir de la petición del afiliado, requerimiento que reputó razonable.

Con relación al transporte, entendió que el menor puede acceder al transporte público gratuito con su apoyo o acompañante terapéutico, y que en el certificado de discapacidad del niño no se indica la necesidad de uno de tipo especial.

En esas condiciones, denegó la acción de amparo a las resultas del trámite administrativo correspondiente ante el I.P.S., y dispuso derivar cualquier inconveniente del afiliado en su tramitación a la oficina de mediación del Instituto, sin perjuicio de las facultades de declinar dicha vía.

Al expresar agravios (actuación N° 7157208) manifiesta el actor que la vía administrativa previa, exigida por la "a quo", fue intentada respecto a las prestaciones requeridas para el año anterior y tuvo como resultado su reconocimiento pero a valor referencial I.P.S. Agrega que ello demuestra que el trámite implica un desgaste burocrático con la consiguiente pérdida de tiempo, y que de haberlo intentado hubiera recibido la misma respuesta.

Puntualiza que el transporte especial está justificado en razón de que los niños que padecen TEA no pueden usar el público debido a que el bullicio y aglomeración de gente los alteran y estresan.

Alega que el derecho a la atención integral de la salud de las personas discapacitadas se encuentra contemplado en la Ley 24901, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos del Hombre y la Constitución Nacional. Añade que tanto el Asesor de Incapaces como el Fiscal de Cámara intervinientes se expidieron por la procedencia de la acción.

Corrido el pertinente traslado, el memorial es contestado

por la demandada (actuación N° 7208358) quien solicita el rechazo del recurso por los argumentos que allí expone.

\_\_\_\_\_ A fs. 14/16 vta. y 26/27, respectivamente, emiten dictamen la señora Asesora General de Incapaces y el señor Fiscal ante la Corte N° 1, quienes se pronuncian por el progreso del recurso interpuesto. A fs. 28 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

\_\_\_\_\_ 2°) Que en forma liminar debe dejarse establecido que el presente amparo se inició con el objeto de obtener el reconocimiento a favor del menor J.I.R., a valores del nomenclador nacional, de la prestaciones de maestra integradora (4 horas diarias de lunes a viernes) y de transporte especial. Ello así atento a que si bien en el punto "I.- Objeto" de la demanda se consignaron otras prestaciones, luego se aclaró en el punto "III. Situación Fáctica" que ellas quedaban limitadas a las antes señaladas, extremo que además fue expresamente ratificado en la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2022 (actuación N° 7016242).

\_\_\_\_\_ 3°) Que sentado lo anterior, cabe destacar que conforme presentación de fs. 6/7 -efectuado por el actor con posterioridad a la interposición del recurso- y documentación adjuntada con ella a fs. 7 vta./8, el demandado otorgó en sede administrativa la cobertura prestacional de módulo de apoyo a la integración (Expte. N° 74-19496/22) y transporte especial (Expte. N° 74-19504/22), por el período marzo a diciembre de 2022, por vía de reintegro y a valores referenciales I.P.S.

\_\_\_\_\_ Al respecto, resulta oportuno recordar que es deber de los tribunales pronunciar sus sentencias atendiendo al estado de cosas existente al momento de decidir (conf. CSJN, Fallos, 298:84; 301:947, entre otros), y así lo ha sostenido también esta Corte en numerosos precedentes (conf. Tomo 144:499; 230:241; 231:877), ya que no es posible que los jueces resuelvan cuestiones que en el curso del proceso han quedado abstractas o vacías de contenido, o para responder a un interés solamente académico (conf. Tomo 186:485; 208:675; 215:299). Los jueces se hallan habilitados para examinar de oficio la subsistencia o la desaparición de la finalidad del litigio, pues ello constituye un requisito jurisdiccional (conf. CSJN, Fallos, 262:226; 281:401; 293:518, entre otros).

\_\_\_\_\_ En ese contexto, puede concluirse que resulta inoficioso expedirse acerca de la procedencia de las prestaciones requeridas, atento a que ellas fueron reconocidas ya en sede administrativa por el accionado. Sin perjuicio de ello, subsiste el interés del apelante en lo referido al valor de esas prestaciones, atento a que fueron otorgadas a valor referencial I.P.S. y no conforme al nomenclador nacional como fuera peticionado.

\_\_\_\_\_ 4°) Que delimitada así la cuestión a decidir, debe señalarse que el argumento central por el que la jueza de grado rechazó el amparo radicó en la falta de requerimiento, en sede administrativa, de las prestaciones demandadas en estas actuaciones, extremo que impedía -a su entender- tener por configurada la existencia de una negativa arbitraria.

\_\_\_\_\_ Al respecto, si bien es cierto que al momento en que la magistrada dictó su sentencia no existían pruebas de que se hubiera instado el trámite administrativo para obtener la cobertura, las constancias referidas en el considerando precedente

dan cuenta de que se realizó el trámite interno y que el I.P.S. otorgó las prestaciones pero a valores del nomenclador local. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Siendo ello así, y encontrándose en juego el derecho a la salud de un menor con discapacidad, no puede prescindirse de estos nuevos extremos fácticos. En tal sentido, se ha sostenido que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional; y que si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno de lo suyo (conf. CSJN, Fallos, 238:550; 278:85; 327:5970; 330:4216; 339:533). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De igual manera, el estándar de interpretación fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 art. 75, inc. 22, y ante la interposición de un amparo, mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43, 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 (conf. Fallos, 324:3074; esta Corte, Tomo 175:417; 194:211; 199:63). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 5°) Que dicho lo anterior, es dable precisar que en el caso no se ha cuestionado la existencia de la discapacidad del niño J.I.R., consistente en "Alteraciones del habla, no clasificadas en otra parte. Autismo en la niñez", según surge del certificado acompañado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En tal orden, conviene ponderar que el reconocimiento y protección del derecho a la salud surge de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42 y 75, incs. 19 y 23. También la Constitución de la Provincia, en sus arts. 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A su vez, como valor y derecho fundamental, encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75, inc. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3° y 25 inc. 2°; la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2°, 4° y 5°; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10, inc. 3° y 12, entre otros. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De igual modo, la Ley 26378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo y, a través del dictado de la Ley 27044, se le otorgó jerarquía constitucional. 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" (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 (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 (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".

Por su parte, la Ley Nacional 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y la Ley Provincial 7600 adhiere a dicho sistema nacional. Esta última determina en forma expresa que el I.P.S. está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según Ley 24901 (art. 2°).

La Ley nacional contempla 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 (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 (art. 2°).

Finalmente, la Ley Nacional 27043 -a la que la Provincia de Salta se encuentra adherida por Ley 8028- declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan Trastornos del Espectro Autista (TEA); la investigación clínica y epidemiológica en la materia, así como también la formación profesional en su pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento; su difusión y el acceso a las prestaciones (art. 1°).

6°) Que en el marco normativo antes reseñado, que a su vez debe ser leído teniendo como horizonte el mejor interés del menor (conf. art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño), y en lo que refiere al tema concreto del valor al que deben reconocerse las prestaciones, corresponde reiterar los criterios que ya ha fijado esta Corte en cuanto a que la cobertura de las terapias que requieran los médicos tratantes de personas con discapacidad debe ser "integral" y por lo tanto comprensiva del 100% de las prestaciones, y que aquélla no está limitada al nomenclador provincial, siendo aplicable el nomenclador nacional, por cuanto no resulta ajeno a la jurisdicción local (conf. esta Corte, Tomo 210:387; 219:169).

Asimismo, ha señalado que si bien la legislación provincial habilita la conformación de un nomenclador especial que el I.P.S. puede disponer con sus prestadores, su aplicación no debe ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados; ello, 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 (conf. Tomo 215:769; 216:239, 759, entre otros). Es decir, tal prerrogativa no puede traducirse en un óbice para que sus beneficiarios accedan a una prestación que resulte más adecuada dentro de las enunciadas y previstas por el específico ordenamiento tutelar, y dentro de un marco de razonabilidad, como el que aquí se analiza.

Ello por cuanto 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).

La citada doctrina del Alto Tribunal Federal ha sido reiterada, al señalar 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; esta Corte, Tomo 240:733).

Además, no puede soslayarse el deber del Instituto de observar el "principio de no interrupción", que consiste en no discontinuar una situación favorable al paciente, que tiene base en el principio de progresividad y no regresividad imperante en los pactos de derechos humanos (esta Corte, Tomo 111:31; 194:211; 200:915, entre otros).

En virtud de lo expuesto, asiste razón al apelante en relación con la cobertura plena de las prestaciones solicitadas, las que deben reconocerse conforme al nomenclador nacional.

7°) Que siendo el amparado un menor discapacitado, a fin de preservar su identidad, en función de lo dispuesto por el art. 3°, inc. h) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, y los arts. 4° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño y, tal como lo prevé el último párrafo del art. 164 del C.P.C.C., corresponde disponer la supresión de la identificación del padre y del menor representado por él, en toda copia para publicidad de la sentencia, sustituyéndola por sus iniciales.

8°) Que en consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación del actor y, en su mérito, revocar la sentencia de fecha 31 de marzo de 2022 y hacer lugar a la acción de amparo ordenando al demandado que el reconocimiento de las prestaciones de maestra integradora (4 horas diarias de lunes a viernes) y de transporte especial lo sea a valores del nomenclador nacional.

En cuanto a las costas, corresponde mantenerlas por el orden causado en primera instancia, teniendo en cuenta la oportunidad en la que se realizó el requerimiento de las prestaciones; e imponerlas a la demandada en esta instancia por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del C.P.C.C.).

Por ello,

**LA CORTE DE JUSTICIA,**

**RESUELVE:**

I. **HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por el actor (actuación N° 7157208) y, en su mérito, **revocar** la sentencia de fecha 31 de marzo de 2022 y **hacer lugar** a la acción de amparo ordenando al demandado que el reconocimiento de las prestaciones de maestra integradora (4 horas diarias de lunes a viernes) y de transporte especial lo sea a valores del nomenclador nacional.

II. **MANTENER** la distribución de las costas por el orden causado en primera instancia, e imponerlas a la demanda en esta instancia.

\_\_\_\_\_ III. **DISPONER** la supresión de la identificación del actor y del menor representado en toda copia que se dé para la publicidad de la sentencia, sustituyéndola por sus iniciales. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ IV. MANDAR que se registre y notifique. \_\_\_\_\_

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