

(Tomo 241: 1/18)

_____ Salta, 29 de noviembre de 2021.

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados **"V. G., G. A.; S. P., Y. A. Y OTROS VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN"** (Expte. N° CJS 41.458/21) y, _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ 1°) Que contra la sentencia de fs. 94/98 que hizo lugar a la acción de amparo impetrada a fs. 2/9, la demandada interpuso recurso de apelación a fs. 109/113, el que fue concedido a fs. 116.

_____ En el pronunciamiento cuestionado se condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) a otorgar al hijo de los amparistas la cobertura integral (100%) de medicamentos, estudios diagnósticos y demás prácticas de atención de la salud que estén relacionadas con la cirugía de trasplante hepático a la que se sometió el menor en el Hospital Italiano de Buenos Aires. Por tal motivo y por las erogaciones que los amparistas tienen que afrontar a causa de los controles que el niño debe realizarse periódicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se le ordenó a la obra social a su vez cubrir el 100% del costo de los pasajes aéreos -incluyendo a ambos progenitores, según la aclaratoria de fs. 128/129-, del alojamiento y del transporte para desplazarse desde y hacia la nombrada institución y el aeropuerto, como así también reconocerles el 50% de los gastos de comida (media pensión); ello, siempre que estas erogaciones sean acreditadas a través de los correspondientes tickets con valor fiscal y que la continuidad de los cuidados en aquella ciudad se encuentre justificada mediante las constancias médicas pertinentes. De igual modo, se le exigió que los pasajes de avión y las prestaciones médicas sean autorizados con 48 horas de antelación a cada viaje, y que los reintegros de los gastos de transporte y comida lo sean dentro de los 10 días de su acreditación. Finalmente, se le impusieron las costas.

_____ Para así resolver, la jueza de grado entendió que en autos está en juego el derecho a la salud, el cual -señaló- se encuentra tutelado por la Carta Magna Nacional y los tratados internacionales con rango constitucional (arts. 42 y 75, inc. 22), como así también por la Constitución Provincial (arts. 10, 31, 33, 36, 41 y 42). En ese sentido, hizo referencia a doctrina de este Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, remarcando la idoneidad de la acción de amparo escogida por el señor G. A. V. G. y la señora Y. A. S. P. a los efectos de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de su hijo, B.A.V.S.

_____ En particular, consideró las constancias de autos que daban cuenta de la situación del niño, quien -detalló- es menor de edad y en el año 2016 debió someterse a un trasplante hepático de urgencia en el Hospital Italiano de Buenos Aires a causa de la insuficiencia hepática fulminante que padecía desde sus 2 años. Por esta razón -indicó- desde entonces y hasta la actualidad, el niño necesita someterse a controles periódicos en dicho centro médico, con todas las erogaciones que eso implica.

_____ Entendió, en consecuencia, que el hijo de los amparistas se encontraba especialmente resguardado por el Sistema de Protección Integral para las Personas Trasplantadas creado por la Ley

Nacional 26928, a la que -precisó- la Provincia adhirió a través de la Ley 7908.

_____ Al analizar estos obrados, la "a quo" observó que el I.P.S. conoce a la perfección la situación del menor B.A.V.S., y que actualmente se hace cargo del 100% de las prestaciones médicas y del 90% de los pasajes aéreos y de los gastos de alojamiento y media pensión para el niño y sus acompañantes.

_____ No obstante, remarcó la excesiva demora por parte de la obra social provincial al momento de otorgar las autorizaciones para que los amparistas pudieran acceder a tales prestaciones y pasajes como así también efectivizar los reintegros de las sumas correspondientes a los otros gastos por ellos realizados con motivo de los traslados a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el control de la salud del niño, lo cual -dice- torna penosa y desgastante la tarea de sus padres en cada oportunidad que las tramitan.

_____ Se pronunció también con relación al porcentaje reconocido por la demandada respecto a los importes de los pasajes aéreos, la estadía, los traslados y la comida. Sobre el punto, la sentenciante señaló la necesidad de los accionantes de que les sea cubierto el costo total de los pasajes en avión ya que, según constató de los valores de éstos y de los recibos de sueldo reservados, el 10% restante no cubierto constituye un emolumento todavía cuantioso para aquéllos. Dijo, asimismo, que la reglamentación de la obra social le imponía a ésta la obligación de cubrirles el 100% del alojamiento. Concluyó sosteniendo que, a través del sistema de reintegro, el I.P.S. debía reconocer a los actores el 100% de los gastos de transporte desde y hacia el hospital y el aeropuerto, y solo el 50% de los de comida por entender que éstos constituyen consumos que igualmente se harían en la provincia de Salta.

_____ 2°) Que al expresar agravios a fs. 109/113, el apelante manifiesta que la sentencia carece de imparcialidad y resulta injusta.

_____ Señala que la jueza omitió valorar que se viene reconociendo al hijo de los amparistas todas las prestaciones de conformidad a lo dispuesto por la Ley 7908. Aduce, al respecto, que la citada ley lo obliga a brindar la cobertura del 100% en la provisión de medicamentos, estudios y prácticas médicas a las personas trasplantadas, pero no a cubrir sus viajes, traslados y comidas, por lo que -afirma- no vulneró ningún derecho constitucional del menor.

_____ Se agravia por lo decidido acerca de la orden de entregar los pasajes de avión en el plazo de 48 horas antes de cada viaje, sin considerar la situación de pandemia que -dice- impide gestionar su compra en ese término, ya que en la actualidad son pocas las aerolíneas que operan con Buenos Aires.

_____ Alega que la condena a cubrir el 100% del costo de los pasajes aéreos supera el 80% de cobertura que exige la normativa y que, sin embargo, se le reconoció a los amparistas el 90%. Cuestiona, asimismo, la cobertura de media pensión de comida y de la totalidad de los traslados, por carecer de fundamentos jurídicos al no ser éstas prestaciones médicas ni estar incluidas en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.).

_____ Manifiesta que se lo confunde con el Estado como garante derecho a la salud, siendo el I.P.S. una entidad autárquica creada por la Ley 7127 que goza de personalidad jurídica propia y que,

como tal, no tiene asignación presupuestaria estatal, como el caso del Ministerio de Salud Pública.

_____ Sostiene que la sentencia no tuvo en consideración el carácter solidario de la obra social y que, al hacer lugar a la acción de amparo, otorgó una ventaja desmedida a favor de un solo afiliado y en desmedro de los restantes.

_____ Afirma que la imposición de costas carece de fundamentos y que por una cuestión de justicia corresponde que sean distribuidas por el orden causado.

_____ Por todo ello, la recurrente solicita la revocación del fallo en cuestión con expresa imposición de costas.

_____ A fs. 121/126 los actores contesta agravios y solicita el rechazo del recurso interpuesto.

_____ A fs. 143/145 y 158/160 toman intervención, respectivamente, la señora Asesora General de Incapaces y la señora Fiscal ante la Corte N° 2, quienes se pronuncian coincidentemente por la improcedencia de la impugnación con fundamento en las razones que en cada dictamen explicitan.

_____ A fs. 167 se está al llamado de autos para resolver de fs. 161, providencia que se encuentra firme.

_____ 3°) Que este Tribunal dijo reiteradamente que, a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución Provincial, 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 este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto y 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. Tomo 119:495; 127:315; 224:101, entre otros).

_____ Así, constituye el amparo un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas 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 ostensible 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 las funciones 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 amparo, en resumen, tiene por objeto 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 (esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

_____ 4°) Que resulta oportuno tener presente que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de diversas disposiciones de la Constitución Nacional, en particular, de los arts. 31, 33, 41, 42 y 75, incs. 19 y 23. A su vez, la Carta Magna provincial, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida

y a la atención de la salud.

_____ La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes, y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). También sostuvo que el hombre es eje y centro del 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 (conf. Fallos, 316:479).

_____ De igual manera, 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 los arts. 3° y 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948; 2°, 4° y 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

_____ Con relación a este último pacto, los Estados Partes se han obligado a propender el 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, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carolina vs. Ministerio de Salud y Acción Social", 24/10/2000, LL, 2001-C, 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que asume el Estado y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua.

_____ 5°) Que es de hacer notar, asimismo, que el marco jurídico antes aludido debe ser interpretado -a su vez- teniendo como horizonte el interés superior del menor B.A.V.S., hijo de los amparistas (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño).

_____ 6°) Que bajo estos parámetros debe destacarse, ante todo, que en autos no se cuestionó la existencia del padecimiento del niño, sino que -por el contrario- la obra social reconoció expresamente la patología que lo aqueja, conforme surge de la contestación a fs. 58/63, pero negó la cobertura que se le solicitó en la demanda, en una cuestión que -cabe reiterar- involucra el derecho a la salud y, por lo tanto, no admite dilaciones por discusiones de índoles patrimonial.

_____ 7°) Que por razones de orden metodológico, en primer lugar, corresponde tratar el agravio vinculado a la confusión entre I.P.S. y Estado como garante del derecho a la salud, en la que supuestamente se incurre en el pronunciamiento impugnado.

_____ Sobre el particular, se impone señalar 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).

En otras palabras, si bien el Estado debe garantizar el acceso al derecho social de naturaleza prestacional antes mencionado, tal circunstancia no exime a la obra social que la Ley 7127 (B.O. N° 16.074 del 26/01/2001) destina a la asistencia del grupo familiar primario del personal que, como el señor G. A. V. G. (v. Expte. administrativo N° 13.068/20 reservado en Secretaría), se desempeña en el sector público provincial y a la que su hijo, por tal razón, se encuentra obligatoriamente afiliado como beneficiario, a cumplir con sus obligaciones en la forma que la citada ley lo dispone (v. art. 5°, ap. B, inc. a).

Así las cosas, en el caso bajo examen se encuentra comprometido el derecho de una persona a la protección integral de la salud, a una adecuada calidad de vida y a su inclusión social plena, derechos que deben ser tutelados ampliamente, por lo que el agravio formulado por el apelante sobre el punto no resulta atendible.

8°) Que asimismo, de la lectura del fallo en cuestión y del análisis de las constancias de la causa, no se advierte la falta de fundamento que el recurrente imputa a la condena de dar cobertura integral en la provisión de medicamentos, estudios diagnósticos y demás prácticas de atención del estado de salud que estén relacionadas con el trasplante al que se sometió el hijo de los actores, comprendiendo en tal cobertura al 100% del costo de los pasajes aéreos, del alojamiento y del transporte para desplazarse desde y hacia el hospital y el aeropuerto, así como también al 50% de los gastos de comida (media pensión); erogaciones éstas que el menor necesita afrontar a los efectos de controlar su evolución postoperatoria en el mismo hospital en que fue trasplantado.

Al respecto, cabe tener presente que los actores en su demanda de fs. 2/8 solicitaron, prioritariamente, la cobertura integral del tratamiento y seguimiento de la patología de su hijo en el Hospital Italiano de Buenos Aires, a fin de poder cumplir con los controles correspondientes a la operación de trasplante de hígado a la que se sometiera el día 26 de septiembre de 2016 (v. fs. 16).

En tal sentido, requirieron también la aplicación del sistema de protección instituido por la Ley Nacional 26928 para las personas trasplantadas, respetando las prescripciones de sus médicos de cabecera y la continuidad de los tratamientos iniciados en el mencionado hospital y proveyendo para las prácticas pertinentes las necesarias autorizaciones de pasajes para el menor y dos acompañantes, estadía, comida y todo otro gasto que eventualmente surja con motivo de las mismas.

De lo reseñado precedentemente resulta que la acción no tuvo como principal objetivo una cuestión patrimonial, sino el resguardo del derecho a la salud del hijo de los amparistas.

Es ese el contexto en el cual debe entenderse el pedido de reintegro de gastos que posteriormente formulan los amparistas respecto a la totalidad de los gastos que surjan en ocasión de los referidos controles.

Más aún cuando la Ley 26928 que invoca el apelante y que además la Provincia de Salta incorporó a su ordenamiento jurídico local por conducto de la Ley 7928, garantiza la cobertura del 100% en la provisión de medicamentos, estudios diagnósticos y

prácticas de atención de las patologías que estén directa o indirectamente relacionadas con el trasplante, a las personas con residencia permanente en el país que lo hayan recibido o se encuentren en lista de espera a tal fin (v. art. 4°).

Cabe aclarar que el derecho a la cobertura, como todo derecho, debe ser ejercido razonablemente y en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Así, la manda judicial impugnada procura conferir continuidad hacia el futuro a los tratamientos médicos que sean determinados como necesarios por los médicos tratantes para la salud del menor.

En este punto, corresponde destacar que el apelante no cuestionó en su recurso la necesidad del tratamiento ni su continuidad, sino la extensión de la sentencia, defendiendo sus facultades de control y auditoría sobre las prescripciones médicas futuras, por lo que la cuestión se circunscribe entonces al "principio de no interrupción" de los tratamientos médicos, frente al deber de control y auditoría de las obras sociales.

En el caso, la condena al demandado a cubrir los costos que permitan la continuidad de los controles que el hijo de los actores debe realizarse en forma periódica por su condición de trasplantado, no excluye la facultad de control de la obra social demandada, sino que ésta debe ejercerse resguardando el "principio de no interrupción", consistente 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 y que fue reconocido por esta Corte en numerosos precedentes (conf. Tomo 126:271; 140:81; 194:211, entre otros).

En efecto, la sentencia dictada en autos no obsta a las posibilidades de control y auditoría del Instituto Provincial de Salud de Salta, ni a las facultades de objetar el tratamiento y/o la medicación cuando fundadamente resulten innecesarias, inconvenientes a la salud del paciente o inconducentes para su mejor tratamiento. Incluso, al ordenar a la entidad autárquica a autorizar las prestaciones médicas y los pasajes de avión con 48 horas de antelación a cada viaje y a reconocer los gastos de transporte y comida dentro de los 10 días de su acreditación, el fallo señala expresamente que tales requerimientos deberán hacerse presentando las constancias médicas que certifiquen la continuidad del tratamiento y los comprobantes que acrediten las erogaciones (v. Punto II de la sentencia de fs. 94/98). Sin embargo cabe puntualizar que, conforme lo tiene dicho esta Corte, en los supuestos antes mencionados en que la obra social formule alguna objeción, ésta debe oponerse proponiendo la exclusión o limitación que sus profesionales auditores aconsejen, sin mengua alguna al "principio de no interrupción" (conf. Tomo 202:967).

9°) Que el fallo en crisis contiene, además, un análisis del caso que lo lleva a afirmar que exigir el cumplimiento de procedimientos requeridos para la autorización de determinadas prácticas y de reintegros resultaba un exceso ritual ante la urgencia de continuidad del tratamiento del hijo de los amparistas, extremo que el apelante no logró desvirtuar.

Precisamente, el decisorio cuestionado impone a la parte demandada plazos que resultan razonables en la especie con el fin de garantizar a los amparistas la obtención de respuestas oportunas y adecuadas, particularmente, cuando la premura de su pedido debidamente acreditada así lo requiera.

Es que, como se dijera en el precedente registrado en Tomo

237:825, no puede olvidarse que los procedimientos exigidos por el Instituto Provincial de Salud de Salta para acceder a las prestaciones deben ser absolutamente compatibles con los servicios garantizados, equitativos y dignos que aquel tiene la obligación de prestar a sus afiliados (v. Carta de Servicios del I.P.S., aprobada por la Resolución 97D/2010 del Ministerio de Salud Pública) y, fundamentalmente, con su propio Sistema de Autorización de Prácticas, cuyo objetivo final consiste en permitir la concreción de la dignificación de la persona que se encuentra sometida a las contingencias de la salud y de la enfermedad (v. art. 4º, ap. 9.II.2 del Decreto 3402/07, reglamentario de la Ley 7127). Ello, conforme se dijo con anterioridad, en el marco de lo dispuesto por las normas constitucionales relativas a la atención de la salud.

10) Que tampoco alcanzan los argumentos relativos al principio de solidaridad contributiva que se enuncian genéricamente, pero sin demostrarse concretamente que sean atinentes al caso concreto.

Al respecto, este Tribunal precisó que para que tal extremo constituya un real obstáculo al progreso de la acción, el organismo debe fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción. Ello porque la tensión entre la obligación constitucional del Estado de proveer servicios médicos adecuados y la necesidad de contar con recursos económicos para prestarlos, debe resolverse a favor de la primera. Es decir que no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando genéricas limitaciones financieras (conf. Tomo 125:595).

11) Que por último, en lo que respecta a la distribución de las costas realizada en la sentencia, cabe recordar que esta Corte tiene dicho que, en materia de costas en los procesos de amparo, el art. 87 de la Constitución Provincial nada ha previsto, por lo que es de aplicación el noveno apartado de ese precepto, en cuanto expresa que "todas las contingencias procesales no previstas en este artículo son resueltas por el juez del amparo con arreglo a una recta interpretación de esta Constitución". Tratándose el amparo de un trámite indiscutiblemente bilateral y contencioso, con una parte actora y otra demandada, aquella facultad de los jueces interpretada rectamente como dice la Constitución, lleva a aplicar, en materia de costas, la regla procesal del art. 67 del Código Procesal Civil y Comercial, que las hace soportar al perdedor, siguiendo el principio objetivo de la derrota, no en calidad de sanción sino como reconocimiento de los gastos que se ha visto obligado a afrontar el vencedor (conf. Tomo 85:521; 195:999; 206:573, entre otros).

En tal sentido, se ha sostenido que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. CSJN, 13/06/89, RepED, 24-254, N° 5, citada por Loutayf Ranea, Roberto G., en "Condena en costas en el proceso civil", Astrea, Buenos Aires, 2000, 1ª Ed., pág. 44; esta Corte, Tomo 210:495).

Entendida así la cuestión, surge que ante la reticencia del I.P.S. a reconocer al niño B.A.V.S. la cobertura de los costos necesarios para continuar con el tratamiento prescripto por los profesionales tratantes, los amparistas se vieron obligados a recurrir a la sede judicial a fin de que se garanticen los derechos de su hijo; por todo lo cual, corresponde confirmar la

condena en costas. _____

_____ 12) Que en definitiva, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 94/98, con costas al demandado (art. 67 del C.P.C.C.). _____

_____ Por ello, _____

LA CORTE DE JUSTICIA, _____

RESUELVE: _____

_____ I. **RECHAZAR** el recurso de apelación de fs. 109/113 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 94/98. Con costas. _____

_____ II. MANDAR que se registre y notifique. _____

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