----En la ciudad de Trelew, a los días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., J. E. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT y/o MINISTERIO DE SALUD y/o MINISTERIO DE FAMILIA Y PROMOCION SOCIAL s/ Acción de Amparo” (Expte. 360 - Año 2019 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 209. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?. ----------

-------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:----------

-------I.- Vienen a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones con motivo de la apelación deducida a fs. 198/200 por el Estado Provincial –por intermedio de su letrada apoderada– contra la sentencia de primera instancia que luce a fs. 193/196, por la cual se hizo lugar al amparo promovido por la señora J. E. G., en representación de su hijo menor de edad, J. A. C., con el patrocinio letrado de la Defensa Pública, condenando a la demandada a brindar cobertura integral (100%), a favor del niño, del medicamento HUMIRA (ADALINUMAB) AC 40 mg Pen autoinyectable mediante entrega directa por medio del Sistema Público de Salud y su posterior recupero contra la obra social (A.) en el porcentaje que corresponda.----------

-II.- Contra dicha decisión se agravia la Provincia, sosteniendo dos argumentos de naturaleza eminentemente procesal: 1) Por el primero de ellos, denuncia la falta de debida integración de la litis, perjuicio fiscal y violación del principio de congruencia por abierta contradicción entre la argumentación y lo resuelto. Expresa al respecto que la litis no quedó debidamente integrada y que ello surge de la misma sentencia toda vez que el *a quo* cita fallos y leyes que rigen la materia de obras sociales, relativa a la responsabilidad que tienen las mismas y de la cual no pueden exonerase manifestando que exceden el PMO. Dice que la Provincia no debe cargar con la condena cuando el proceso debió integrarse en la forma debida con la principal responsable por el incumplimiento de sus obligaciones (la obra social). Agrega que la sentencia “…se encuentra viciada por carecer de legitimación pasiva, preceptuada por el art. 347 inc. 3 del CPCCN…” (sic).----------

------Manifiesta que la Provincia terminaría viendo afectado su presupuesto, generándose una catarata de juicios contra el Estado “si a todas aquellas personas que tienen cobertura social se las excluyeran de abonar los medicamentos de alto costo, lo que resulta desajustado a derecho”. ----------

------Esgrime que a los fines de enmendar el error procesal en cuanto a la integración de la litis con las partes necesarias, cautelarmente se condena a la Provincia bajo la expresión “su posterior recupero contra la obra social”, es decir, contra quien tenía la obligación principal de pagar el medicamento. Sintetiza diciendo que: “no se trata de negarle el medicamento, sino de poder garantizar en muchos otros casos la cobertura de infinidad de pacientes, que no cuentan con obra social”. ----------

-----2) En segundo término se queja de que se haya ordenado la cobertura integral (100%) a favor del actor, cuando en el objeto del amparo se reclamó el porcentaje que no le cubre su obra social A., entendiendo que con ello se ha violado el principio de congruencia previsto en los arts. 34 inc. 4 y 163 del Código Procesal Civil y Comercial y art. 18 de la Constitución Nacional.----------

-----Los agravios no fueron contestados por la parte actora.----------

-----A fs. 204 y vta. contestó la vista conferida la Asesora de Familia, quien entiende insuficientes los argumentos de la demandada, y en tutela del mejor interés del niño representado, peticiona se confirme el fallo. ----------

-----III.- Antecedentes. Para decidir, cabe reseñar, que la presente acción de amparo tuvo por objeto se ordene a la Provincia del Chubut que a través del Ministerio de Salud y/o del Ministerio de Familia y Promoción Social, se garantice de manera inmediata la cobertura del medicamento Humira (Adalinumab) AC 40 mg. Pen autoinyectable a favor del niño J. A. C., ya sea: 1) a través de la entrega directa por intermedio del Sistema Público de Salud –y su posterior recupero contra la obra social (A.) a la que se encuentra afiliado, en cuanto corresponda– o bien: 2) la asignación de un subsidio para la cobertura del porcentaje del 30% no cubierto por la obra social, en los términos comprometidos en la Resolución N° 003/19 MS (Intervención N° 13/19) adjunta en autos, durante el plazo que demande el tratamiento y mientras se mantenga la cobertura parcial por parte de la obra social.----------Ello se peticionó con la finalidad de que el niño lleve a cabo el tratamiento farmacológico urgente que necesita para la rehabilitación de su salud, en los términos y condiciones prescriptas por las médicas tratantes, en virtud del diagnóstico de “panuvetitis bilateral”.----------

-----En el capítulo de los hechos se explicó que el niño es beneficiario de la obra social A.; que a raíz de dicha cobertura viene recibiendo atención médica en el Hospital “Dr. Ricardo Gutiérrez” de la ciudad de Buenos Aires, donde se le indicó tratamiento con el fármaco en cuestión, de carácter prolongado y se le informó que no puede ser interrumpido en virtud de los efectos perjudiciales que ello produciría en su salud.--------

-----Se relató que la obra social autorizó la cobertura del 70% del costo del medicamento por tratarse de una enfermedad crónica, pero informando la imposibilidad de acceder a la cobertura total por no hallarse la patología incluida en algún régimen especial ni contar el niño con certificado de discapacidad.----------

------Se alegó la insuficiencia de recursos económicos familiares para afrontar de manera particular el porcentaje no cubierto por la obra social, por tratarse de un medicamento de alto costo (aprox. $20.000 por mes de tratamiento) y que de no darse urgente inicio al mismo se corre riesgo inminente de pérdida de visión. ----------

------Continúa relatando que en virtud de ello se requirió al Ministerio de Salud de la Provincia la cobertura a través del Sistema Público de Salud del porcentaje no cubierto por la obra social, adjuntándose con dicho requerimiento la denegatoria del certificado de discapacidad emitida por la Junta Evaluadora local e informe social de las condiciones

socioeconómicas atravesadas por el grupo familiar. Que en respuesta, dicho organismo emitió la Resolución N° 3/19 MS por la cual se brindaron dos alternativas de solución. ----------Por un lado la intervención del Ministerio de Familia para que impulse el otorgamiento de un subsidio y, en última instancia, el otorgamiento del medicamento por intermedio del Hospital Público y su recupero proporcional (70%) por parte de la obra social A.. ----------Para ambas alternativas el Ministerio requirió se acredite la negativa de la obra social a la cobertura total, lo que –dice– fue cumplido mediante nota 41/19 diligenciada en fecha 12/3/19. Que dicha presentación fue respondida mediante Nota N° 623/19, informándose a la amparista que el Ministerio de Familia dio curso al trámite del subsidio pero que sería por única vez, por existir impedimentos legales para conceder beneficios en forma mensual. Explicó que ante la falta de información concreta, se averiguó que el monto de dicho subsidio asciende a la suma de $20.000, es decir correspondería a un único mes de tratamiento. Cuestionó, asimismo, la abstracta invocación de “supuestos impedimentos legales” y el silencio guardado en relación a atender el caso en la órbita del Ministerio de Salud, de conformidad con lo prometido mediante Res. 3/19 MS.----------A fs. 45 la jueza *a quo* ordenó como medida cautelar a la Provincia que subsidie el 30% del costo del fármaco por el plazo de 30 días, medida que fue confirmada por esta Sala mediante S.I. 30/2019 (fs. 167/169).----------A su turno, la Provincia solicitó el rechazo del amparo (fs. 54/58), sosteniendo –en prieta síntesis– que la prestación reclamada tiene como principal obligado a A. y por ello se debió demandar a la mencionada obra social y no a la Provincia, ya que la circunstancia de no hallarse en el Programa Médico Obligatorio la cobertura total del medicamento no puede servir de argumento para desechar su aplicación, en tanto el mismo constituye una serie de prestaciones básicas pero de ningún modo implica la imposibilidad de abarcar otros requerimientos. Invocó la aplicación al caso de autos de la ley 26.689 de cuidado integral de enfermedades poco frecuentes. Sostuvo que A. desatiende la salud de sus afiliados como obligada principal de la prestación, y que por ello la acción debía dirigirse contra ella. Pidió su citación en calidad de tercero obligado y culminó solicitando se haga lugar a la falta de legitimación pasiva. ----------A fs. 66 la parte actora se opuso a la citación de la obra social en calidad de tercero y mediante resolución interlocutoria de fs. 71 se rechazó dicha citación.----------A fs. 77 la Provincia del Chubut dio cuenta del cumplimiento de la medida cautelar, consistente en el otorgamiento de un subsidio por la suma de $25.000 destinado a cubrir el porcentaje del 30% del medicamento, poniendo el cheque a disposición de la amparista.----------IV. <u>Tratamiento de los agravios:</u>----------Trataré los agravios deducidos en forma conjunta por hallarse íntimamente relacionados entre sí, ya que lo que se discute, en definitiva, a través de las cuestiones de índole procesal planteadas, es la procedencia de demandar en forma directa la responsabilidad del Estado –en este caso al Estado Provincial– por prestaciones de salud, pese a que el amparista es beneficiario del régimen de obra social.----------

----Surge de los antecedentes reseñados que no se halla en discusión y arriba firme a esta alzada: 1) que el niño J. A. C. es beneficiario de la obra social A., 2) que debe realizar tratamiento farmacológico con la droga HUMIRA (ADALINUMAB) AC 40 mg Pen autoinyectable, indicado por sus médicas tratantes como el más adecuado para su patología, 3) que se trata de un medicamento que debe ser suministrado de manera prolongada –al menos por dos años de manera ininterrumpida– y que es de alto costo (aprox. $66.441,35 mensuales), 4) que por no hallarse incluido en ningún régimen especial de cobertura, la obra social reconoce únicamente el 70% de su valor, en función de lo determinado en el P.M.O. vigente para medicamentos de prescripción crónica.----------Por otro lado, surge de las constancias documentales de la causa, que el 30% del valor no cubierto por la obra social ascendía –a la época de interposición de la demanda– a la suma aproximada de $20.000 (tickets de fs. 13 y 26) y que los ingresos familiares resultan claramente insuficientes para asumirlo (recibo de haberes de fs. 14 e informe social N° 60/19 fs. 16/17), todo lo cual tampoco ha sido materia de controversia.- ----------Debo decir entonces que las circunstancias fácticas descriptas hablan por sí solas, resultando indudable que se halla directamente en juego y en riesgo el derecho constitucional a la salud del niño involucrado, en tanto se encuentra acreditado que de no recibir en forma urgente el tratamiento farmacológico indicado por las médicas tratantes se pueden presentar complicaciones severas y frecuentes, con compromiso visual. La situación descripta requiere una pronta y eficaz respuesta del Estado en su condición de garante último de la salud, debiendo adoptarse medidas de acción positivas en tutela de este derecho humano básico, máxime tratándose de un niño, quien es merecedor de especial protección de las instituciones y autoridades (arts. 2, 3, 4, 6 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), arts. 1, 3 y 14 de la Ley 26.601, arts. 1, 3, 9 y 10 de la Ley Provincial III N° 21, entre otros).----------Cabe recodar aquí, que los menores, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (v. doctrina de Fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413). ----------Por su parte, la función del Estado como garante del sistema de salud se encuentra reconocida expresamente a partir de la incorporación de los pactos internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 4 y 5 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 Declaración de Derechos Humanos (cfr. CSJN, Fallos 323:1339; 326:4931). ----------Específicamente el art. 12 del PIDESC define a la salud como "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", quedando el

Estado jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, sin poder escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento. ----------

------A su turno, en la Constitución de la Provincia del Chubut, halla su específico reconocimiento en el art. 18 inc. 2 y en el art. 72 como política de salud.----------

------Sentadas dichas premisas generales, cabe precisar, que en estos autos se demandó directamente al Estado Provincial la asunción del costo del medicamento en la medida que excede la cobertura legal obligatoria impuesta a la obra social (conf. leyes 23.660 y 23.661 y PMO vigente aplicable), ello en función de su rol de garante último del sistema de salud. La demanda se sustentó, además, en lo dispuesto en la Resolución N° 3/19 emitida por el Ministerio de Salud de la Provincia, en la cual, ante el requerimiento previo extrajudicial efectuado por la amparista, se le otorgó dos alternativas posibles de solución y, finalmente, en la conducta omisiva del Estado, al no cumplir con lo comprometido o hacerlo de modo insuficiente. ----------

------Por lo expuesto, adelanto, no observo en modo alguno violentado el principio de congruencia consagrado en los arts. 34 inc. 4, 165 inc. 6 y 166 del Código Procesal. El respeto a dicho principio implica, básicamente, que el juzgador se encuentra vedado de conocer y decidir acerca de una cuestión ajena a los términos en que quedó trabado el litigio. Es que la condena se enmarcó estrictamente en una de las pretensiones alternativas contenidas en el objeto de la demanda –la entrega directa del medicamento por intermedio del sistema de salud público y el posterior recupero del costo por parte de la obra social– y corresponde a lo debatido en la litis.----------

------Tampoco encuentro que se haya incurrido en un error procesal en la integración de la litis, lo que no debe ser confundido con la procedencia o improcedencia de la pretensión deducida contra el Estado. En efecto, conforme lo dicho precedentemente, el amparo se fundamenta en la directa responsabilidad del Estado para la cobertura del costo del medicamento en el porcentaje legal no cubierto por la obra social a la cual el niño se encuentra afilado y frente a la insuficiencia de recursos para afrontarlo en forma particular, como así también en la legítima y objetiva expectativa de solución brindada por el Ministerio de Salud y la posterior conducta omisiva o deficiente del Estado en atenderla. De este modo la amparista no ha querido demandar a la obra social y no puede ser obligado a ello, sino que en definitiva debe resolverse la procedencia de la pretensión en los términos en que ha sido planteada, a lo que pasaré a dar respuesta seguidamente.----------

------Tal como lo adelanté al inicio de este tópico, lo que debe analizarse es si el Estado tiene en este caso legitimación pasiva para ser demandado en forma directa por una prestación de salud pese a que el menor amparista es beneficiario del régimen del sistema nacional de seguro de salud, según leyes 23.660 y 23.661.----------

------Como es sabido, la obra social, en su condición de agente natural del seguro de salud, es la principal y directa obligada a brindar las prestaciones de salud y la

responsabilidad del Estado asume un carácter meramente subsidiario frente a aquélla, condicionada al incumplimiento o falta de respuesta favorable por parte de dicha institución. ----------

-----Ahora bien, en autos se requiere el cumplimiento de una prestación que excede las previsiones del PMO aplicable, situación que no encuentra una solución legal expresa. En este punto coincido con la demandada en que bien pudo requerirse de la obra social la cobertura integral del medicamento, por ser de alto costo y ante la insuficiencia de recursos del afiliado para afrontar el porcentaje a su cargo, ello en razón los argumentos de derecho esbozados en el memorial de agravios –en especial por tratarse el PMO de un mínimo indisponible pero no una valladar infranqueable– pero lo cierto es que se escogió demandar directamente la responsabilidad del Estado.----------

-----Sobre dicha responsabilidad, en el célebre y conocido precedente “Compadónico de Beviacqua” del 24/10/2000 (Fallos: 323:3229), ya citado por esta Sala en oportunidad confirmar la medida cautelar (Res. de fs. 167/168), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, explicó: *“Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interior superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada)”*. Y dijo también: *“La existencia de una obra social que deba cumplir el programa Médico Obligatorio no puede redundar en perjuicio de los afiliados y menos aun de niños, pues si se acepta la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquéllas, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo, carecería del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud”.*----------

-----A partir de dicho precedente, como así también en “Monteserin, Marcelino” (Fallos: 324:3569), ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que se sitúa el asunto sino, también, la índole de obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud –inclusive en el orden internacional– sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga (conforme, además, Fallos: 321:1684 y 323:1339, entre otros antecedentes sobre el tema). Así, en el precedente de Fallos: 323:3229 citado, se resaltó con nitidez que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública. ----------

-----Tales consideraciones resultan directamente aplicables en autos, ya que de no hacerse lugar al amparo, acreditada como está la negativa de la obra social a cubrir el valor del 100% del medicamento (ver fs. 21), es evidente que se colocaría a este niño,

cuyos ingresos familiares son insuficientes para afrontar el valor no cubierto y tratándose de una medicamento de alto costo, en peores condiciones que aquéllos quienes son asistidos directamente por el sistema público por carecer de obra social, lo cual, a mi juicio, sella la suerte adversa del recurso.----------

------No debe perderse de vista que la demanda directa al Estado Provincial halló su justificativo también en la conducta asumida en sede extrajudicial por el Ministerio de Salud (constancias de fs. 18/19 y fs. 24). En efecto, en la respuesta obrante a fs. 24 (Nota N° 623/19 S.G.I), se indicó que el subsidio podría ser dado por única vez, y que existen "impedimentos legales" para conceder a dichos beneficios en forma mensual, sin explicar debidamente cuales serían los mencionados impedimentos y omitiendo cumplir, a todo evento, con la segunda opción ofrecida (entrega directa del medicamento con posterior recupero del porcentaje cubierto por parte de la obra social), es decir, en definitiva, sin dar una respuesta positiva y eficaz conforme era su obligación, de acuerdo al marco constitucional antes descripto.----------

-----Por lo tanto, sin perjuicio de que la mayoría de los argumentos utilizados por el juez a quo para fundar la condena resultan inadecuados –tal como lo destacó la apelante– en tanto se encaminan a establecer la responsabilidad de la obra social y no del Estado –responsabilidades que poseen distinta fuente y naturaleza jurídica–, encuentro que la Provincia no puede eximirse válidamente en este caso de su obligación constitucional impostergable de garantizar el derecho a la salud del menor con acciones positivas, sin perjuicio de la obligación que deba asumir la obra social y que el Estado recupere posteriormente los costos –por la vía que entienda correspondiente– de parte de aquélla.----------

------En sentido análogo se pronunció, con remisión al dictamen del Procurador General, la Corte en autos: "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo.", de fecha 11 de julio de 2006, Publicado en DJ 25/10/2006.----------

-----De este modo concluyo que, en este caso particular, se encuentra presente la legitimación pasiva del Estado, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema vigente, como así también una omisión de su parte que resulta ser manifiestamente ilegal con afectación directa de garantía constitucional –derecho a la salud– que torna procedente el amparo incoado en beneficio del menor.----------

------Por todo lo expuesto, he de propiciar al Acuerdo se confirme la sentencia de primera instancia, con costas de la alzada a la apelante vencida (conf. art. 69 CPCC), sin regular honorarios a la doctora G. J., letrada apoderada de la Provincia demandada, en atención a la forma en que se imponen las costas (argum. art. 2 inc. c) del arancel).----------

------Termino mi intervención, entonces, pronunciándome POR LA AFIRMATIVA.----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

------I. Las cuestiones fácticas han sido correcta y suficientemente referidas por la colega de primer voto razón por la cual no abundaré en ellas. Concuerda mi opinión con la de la

Dra. Cordón Ferrando de modo que abordaré sintéticamente los agravios que motivan la intervención de esta Sala siguiendo, para hacerlo, el orden propuesto por la Magistrada preopinante: ----------

-----II. Tal como surge de la detallada reseña efectuada por la Dra. Cordón Ferrando en su voto, resulta indiscutible que el derecho a la salud de J. A. C., de 12 años de edad, se encuentra en serio riesgo si no recibe de manera urgente el tratamiento médico indicado por las profesionales tratantes. Resulta clara la urgencia puesto que, de no seguir el tratamiento indicado, el niño puede tener severas complicaciones y compromiso visual. -----Es por ello que el Estado, en su condición de garante de este derecho de rango constitucional, debe adoptar medidas de acción positivas.----------

----La función del Estado como garante del sistema de salud se encuentra expresamente reconocida en nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22 de la CN; art. 12 inc. c PIDESC; arts. 4 y 5 CADH; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y art. 25 de la Declaración de Derechos Humanos). Asimismo, la Constitución de nuestra Provincia en sus arts. 18 inc. 2 y 72, hace expresa mención de este derecho detallando las pautas a las que debe ajustarse la política de salud.----------

------En la presente causa se demandó, de manera directa, al Estado Provincial para que asuma el costo del medicamento en la medida que excede la cobertura legal obligatoria impuesta a las obras sociales. El fundamento del reclamo es, como viene de decirse, la función de garantía del sistema de salud y también la Resolución Nº 3/19 del Ministerio de Salud de la Provincia. Mediante esta resolución, el Estado Provincial —a través del Ministerio de Salud— otorgó a la amparista dos posibles soluciones a su reclamo que fueron, justamente, el objeto de la presente acción de amparo. Luego, frente al incumplimiento por parte del Estado Provincial, la actora optó por iniciar el reclamo judicialmente. ----------

-----En virtud de lo expuesto considero que no fue violado en la presente causa el principio de congruencia como afirma la apelante. En efecto, la sentencia de grado optó por una de las pretensiones alternativas contenidas en el objeto de la demanda (esto es, la entrega directa del medicamento por parte del Estado Provincial y el posterior recupero ante la obra social) de modo que la decisión se corresponde con una de las peticiones posibles y, en consecuencia, debatidas en autos.----------

-----Por otra parte y en mi opinión, no medió en la presente una equivocada integración de litis como se denuncia en los agravios. Tal como señalé antes, en la presente causa se demandó al Estado Provincial de manera directa en su carácter de garante del sistema de salud y por su consecuente responsabilidad en la cobertura del costo del medicamento que requiere J. A. C. (en el porcentaje no cubierto por la obra social). No puedo perder de vista que, tal como surge de las constancias de la causa, la familia del niño no se encuentra en condiciones de solventar el 30% no cubierto por la obra social (monto que ascendía, al momento de interponerse la demanda, a la suma de $20.000 mensuales). Tampoco puedo dejar de lado el lugar en que se colocó el Ministerio de Salud al ofrecer, mediante Resolución Nº 3/19, dos posibles soluciones que luego incumplió. Considero

que, dado el modo en que se desarrollaron los acontecimientos, no puede la amparista verse obligada a demandar a su obra social cuando, cabe reiterar, el propio Estado asumió su responsabilidad al ofrecer posibles soluciones.----------

-----Sentado lo anterior, corresponde señalar que la cuestión discutida en la presente causa es si resulta posible demandar en forma directa al Estado por prestaciones de salud cuando quien reclama es beneficiario del régimen de obra social (conforme lo dispuesto por las leyes 23660 y 23661). Conforme surge de estas normas, la obra social es la principal y directa obligada a brindar al niño las prestaciones de salud y la responsabilidad del Estado, conforme tratados con jerarquía constitucional, es subsidiaria y de garantía (fallos: 324:3569). Sin perjuicio de ello, la situación planteada en autos no encuentra expresa solución en la normativa legal o supra legal aplicable por cuanto la petición de la amparista no se funda en el incumplimiento de la obra social sino que pretende la cobertura del porcentaje no cubierto por la misma.----------

-------Por tal razón y encontrándose en juego el derecho a la salud de un niño, cabe destacar que, conforme reiterada jurisprudencia de nuestra CSJN, la Convención sobre los Derechos del Niño, impone a los Estados el deber de "*alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26), concluyó que el Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3/, de la convención ya citada)*" (Fallos: 324:3569).----------

------Respecto de los derechos de la minoridad en materia de salud, ha sido muy claro el máximo tribunal nacional al establecer que el Estado "*ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales"* (Fallos: 323:3229).----------

-----Por otra parte, el máximo tribunal ha dicho que "*cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional*" y también que "*cuando no se atiende al*

propósito sustancial de la acción de amparo, y este es el de preservar la vida, la salud y la integridad física de un menor que se halla ante un grave riesgo, se comprometen derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país" (Fallos: 327:5210).----------

-----Por todo lo antes expuesto considero, de manera coincidente con la opinión vertida en el primer voto, que si no se hiciera lugar a la pretensión de la actora, frente a la negativa de la obra social de afrontar el pago del 100% del medicamento y las circunstancias económicas de la familia del niño, se lo estaría colocando en una peor situación respecto de aquellos niños asistidos de manera directa por el sistema público de salud. Evidentemente ello no resulta admisible.----------

-----III. Por los fundamentos acompaño la propuesta de la Dra. Cordón Ferrando propiciando también el rechazo del recurso de apelación interpuesto con costas a la demandada (art. 17 de la Ley de Amparo). Sin regular honorarios a la Dra. G. J. en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley de aranceles.----------

-----Voto en consecuencia a la primera cuestión POR LA AFIRMATIVA. ----------

-----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando dijo: ----------

-----Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:--------

-----A) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada. ----------

-----B) IMPONER las costas de la alzada a la demandada vencida (conf. art. 69 del CPCC), sin regular honorarios a su letrada apoderada en atención a la forma en que se imponen las costas y lo dispuesto en el art. 2 de la ley de aranceles.----------

-----C) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

----Tal mi voto.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó: ----------

----Tal como lo he adelantado, comparto la solución propuesta por la Dra. Cordón Ferrando, votando en consecuencia en idéntico sentido. TAL MI VOTO. ----------

-----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de licencia el restante integrante de la Sala (arts. 7 y 8 Ley V N° 17).----------

-----Trelew, de octubre del año dos mil diecinueve.----------

-----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----A) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada. ----------

----B) IMPONER las costas de la alzada a la demandada vencida (conf. art. 69 del CPCC), sin regular honorarios a su letrada apoderada en atención a la forma en que se imponen las costas y lo dispuesto en el art. 2 de la ley de aranceles.----------

----C) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2019 – SDF - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CÁMARA