

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

// Plata, 4 de mayo de 2010.

AUTOS Y VISTOS: Este expediente n° 17.085/10 - Sala III, caratulado "Z., J.; V., P. A. c/ Obra Social de Empleados de Comercio OSECAC s/ Amparo ley 16.986", procedente del Juzgado Federal n° 4 de esta ciudad, Secretaría n° 12;

Y CONSIDERANDO QUE:

I. La decisión recurrida y los agravios.

Llega la causa a esta Alzada con motivo del recurso de apelación deducido a fs.91/92 por el apoderado de la Obra Social de Empleados de Comercio - OSECAC- contra la sentencia de fs.83/86 por la que el a quo resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por F. J. Z. y A. P. V. en carácter de representantes de su hijo F. Z., condenando a la obra social a proveer la cobertura del procesador del habla *Freedon* de la firma *Cohclear Corporation* en el plazo de cinco días. A su vez, impuso las costas del proceso a la demandada e intimó al patrocinante de la parte actora a que acredite el cumplimiento de los recaudos exigidos por las leyes 22.192 y 23.187, o en el caso de no encontrarse matriculado en el fuero federal, exhiba en el plazo de treinta días la documentación que de cuenta del inicio de los trámites pertinentes.

Sintéticamente los agravios del recurrente pueden exponerse así: a) la sentencia es nula en tanto el juez omitió la sustanciación de la prueba ofrecida por las partes, desconociendo lo establecido en el art.8 de la ley 16.986, y a su vez, por resolver directamente la cuestión de fondo sin evaluar lo atinente a la procedencia de la medida cautelar; b) el pronunciamiento desconoce el objetivo principal de las obras sociales, representado por una finalidad solidaria con prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas a sus afiliados; c) el magistrado se apartó de lo prescripto por la acordada 37/87 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto el hecho de

iniciar los trámites de matriculación en el fuero federal no supe los requisitos que establece dicha norma.

II. Antecedentes.

La causa se inició con la demanda deducida por F. J. Z. y P. A. V. contra OSECAC La Plata a fin de que ésta le provea a su hijo F. Z. el procesador del habla *Freedom* BTE, de la firma *Cochlear Corporation*. Según relatan los actores, su hijo nació con enfermedad de hipoacusia neurosensorial profunda bilateral, en razón de lo cual el profesional que lo atiende, junto con un equipo interdisciplinario, determinaron que era necesario un implante coclear que fue realizado en el mes de marzo de 2005, aunque previamente debieron acudir a la vía judicial para conseguir la cobertura social de parte de OSECAC. "El implante -continúan- resultó satisfactorio y adecuado para la edad y etapa de desarrollo y evolución de nuestro hijito, que en esa época tenía 2 años de edad y le permitió incorporarse al ciclo preescolar común de oyentes, logrando una excelente integración tanto social como académica, nivelado por evolución lingüística. Sin embargo, F. necesita completar el desarrollo del lenguaje en todos los niveles, y el dispositivo actual no le ofrece óptimo beneficio para la codificación y decodificación del lenguaje oral, ya que con él pierde aproximadamente un 40% de la discriminación del habla en ruido (...) y esto lo coloca en una situación de desventaja y deficiencia para los aprendizajes escolares que deberá afrontar en forma inminente". En lo principal, exponen que "el Dispositivo que posee no cuenta con programas especiales ni permite el uso de sistema FM necesario para la discriminación en ambientes ruidosos. Tampoco cuenta con la posibilidad de un programa especial para música, ocasionándole dificultades para su integración en esta área. Además el cable del procesador de cuerpo es una gran limitación ya que al jugar con otros niños es

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

frecuente que le enreden y corten dicho cable y F. deja de escuchar, además de producirse la rotura del micrófono". Así, los profesionales que lo atienden concluyeron que "las dificultades y limitaciones planteadas (...) se subsanarían con el cambio de procesador de cuerpo Sprint, por un procesador del habla retroarticular Freedom BTE de la firma Cochlear Corporation".

En virtud de ello cursaron sucesivos pedidos y comunicaciones a la obra social demandada sin obtener resultados positivos. Por el contrario, de la carta documento glosada a fs.4 se desprende que OSECAC respondió que "el procesador en uso sigue brindando ganancia auditiva y que no existe obligatoriedad de recambio de procesador estando en condiciones funcionales dicho insumo. Asimismo, destacámosle que oportunamente se requirió opinión a la empresa, la cual informó que el procesador Sprint tiene reparación. Finalmente, ponemos en su conocimiento que esta Obra Social autorizó dicha reparación con la auditoría del área, la que generó el expediente de compras N° 2009/20460, por \$ 3.200" (énfasis original).

Cabe señalar que con el escrito de demanda los actores acompañaron las certificaciones médicas que acreditan la patología sufrida por su hijo (fs.2/3) y de la necesidad de llevar adelante el cambio de procesador (fs.6, 19 y 20), como así también, se adjuntó el presupuesto confeccionado por la firma *Cochlear Argentina* del que surge que el costo del insumo asciende a \$ 30.000 (fs.5).

La acción fue articulada ante la justicia bonaerense, la que se declaró incompetente (fs.37/39 y vta.). El expediente arribó a conocimiento del *a quo*, quien denegó la medida cautelar pedida por los actores y ordenó la producción del informe previsto por el art.8 de la ley 16.986 (fs.44 y vta.), el que fue cumplido a fs. 58/70 y vta. y ampliado a fs.80 y vta.

Allí el representante de la obra social cuestionó la falta de constancias de que el letrado de los accionantes estuviera matriculado para desempeñarse en el fuero federal, postuló la improcedencia de la vía del amparo, negó cada una de las afirmaciones de los actores y destacó que si todos los afiliados pretendieran acceder a dispositivos electrónicos y/o digitalizados se desestabilizaría el sistema asistencial. Simultáneamente, expresó que OSECAC había autorizado la reparación del procesador Sprint en uso por el hijo de los actores y que el dinero necesario (\$ 3.200) estaba a su disposición, pese a lo cual ellos luego se presentaron pidiendo el cambio del dispositivo, solicitud que efectivamente fue rechazada. Ofreció prueba documental, informativa y pericial y posteriormente amplió su presentación destacando que si el procesador en uso tiene reparación no existe de la obra social obligación de recambio, acreditando que la familia Z. en su oportunidad rechazó el presupuesto de arreglo del procesador Sprint (fs.74/80 y vta.).

III. Consideración de los agravios.

1. Razones de orden aconsejan tratar en primer lugar el agravio relacionado con la anulación del fallo de origen sobre la base de que el a *quo* omitió proveer la prueba ofrecida por la obra social al contestar el informe circunstanciado -en especial, la pericial e informativa- y a su vez, por no evaluar la procedencia del anticipo cautelar.

1.1. Al respecto, cabe adelantar que el planteo no tendrá acogida por el Tribunal.

En efecto, no se advierte cuál es el agravio concreto que le causa a la obra social la falta de decisión sobre la concesión de la medida cautelar. A todo evento, cabe destacar que oportunamente dicho anticipo fue denegado -sin merecer objeción alguna por las partes- con lo cual hubo en el caso una decisión

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

sobre la concurrencia de los requisitos para el otorgamiento o no del anticipo jurisdiccional.

1.2. La demandada solicitó en el informe del art.8 de la ley 16.986 que un perito médico examine al paciente y que se expida sobre la utilidad y funcionamiento del procesador Sprint.

Ahora bien, examinada la causa se desprende que tanto el estado de salud de F. Z. como la falta de aptitud de su procesador auditivo se encuentran suficientemente demostrados con el certificado de discapacidad de fs.1/3 y con la nota extendida por los doctores Leopoldo Cordero y Graciela Brink acerca de la necesidad de llevar adelante el cambio de procesador por las razones que allí se exponen, en particular, su insuficiencia para las estrategias de codificación de la señal en lugares de ruido ambiental (fs.6 y 20). Opinión profesional que se conecta, a su vez, con la brindada por la fonoaudióloga Beatriz Botassi, que considera "de imperiosa necesidad un cambio de dispositivo, ya que el provisto en aquella oportunidad, Nucleus 24 con caja, no le ofrece [al hijo de los actores] óptimo beneficio para la codificación y decodificación del lenguaje oral" en tanto "pierde aproximadamente un 40% de discriminación del habla en ruido" (fs.19). Desde esta perspectiva queda claro, pues, que la utilidad del procesador con el que hoy cuenta F. Z. es sumamente limitada frente a las necesidades contemporáneas y futuras que se le presentan.

Análoga situación se presenta con lo atinente al funcionamiento de dicho dispositivo. Repárese que de la carta documento remitida por OSECAC a los actores - glosada a fs.4- surge que la entidad autorizó la reparación del módulo por un costo de \$ 3.200. Esa declaración evidencia con meridiana claridad un desperfecto en su funcionamiento, lo cual desplaza la

necesidad de que se haga un estudio pericial sobre el dispositivo como ahora pretende la obra social.

Igual suerte correrá la objeción dirigida a la omisión de proveer la prueba informativa, en tanto las actuaciones que dan cuenta del reclamo tramitado por los actores ante OSECAC ya están agregadas al expediente por ambas partes y su reiteración no resulta conducente.

1.3. En este marco y sobre la base del carácter expedito de la vía del amparo, cabe concluir que no concurren razones que ameriten la apertura a prueba del proceso, en el que a su vez los interesados han tenido oportunidad de ser oídos, presentar informes y dar opinión sobre los temas disputados.

Resta puntualizar que la nulidad no procede en el solo interés de la ley, debe existir un perjuicio concreto, nunca deben dirigirse a satisfacer pruritos formales, sino tender a enmendar perjuicios efectivos que pudieran surgir de los métodos del debate (Conf. Couture, E.J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, p- 390, n° 251, 3° Ed., 1993; Podetti, J.R., *Derecho procesal, civil, comercial y laboral*, Tomo II: *Tratado de los actos procesales*, Ediar, p. 488, 1955).

En conclusión, no advirtiéndose en el caso un gravamen concreto no resulta admisible -como se adelantara- el pedido de nulidad de la sentencia de grado.

2. Despejado lo anterior, corresponde recordar que en numerosos precedentes este Tribunal ha destacado el marco constitucional del derecho a la salud según la jurisprudencia de la Corte Suprema y el derecho internacional de los derechos humanos. En lo sustancial, se ha expuesto que el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

libremente por su propio plan de vida (arts 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

2.1. Pues bien, a la luz de las constancias de autos no aparece controvertida la calidad de afiliado de F. J. Z. a OSECAC, como tampoco la dolencia que padece su hijo y el grado de discapacidad auditiva permanente que le produce. Por otra parte, la alegada innecesariedad del cambio de módulo cede frente a los informes suscriptos por los facultativos que atienden al menor y que en sus partes pertinentes fueron transcriptos *supra*. Por cierto, la demandada no aportó ninguna constancia que desvirtúe la documentación agregada por el accionante y/o que demostrara que el procesador *Freedom* no fuera el adecuado para paliar la enfermedad de F. Z. ni que existan otros similares aptos y que tengan cobertura.

2.2. En rigor, la obra social centra su segunda crítica en aspectos más bien vinculados al supuesto desequilibrio del sistema por motivos económicos en caso de tener que afrontar la compra de dispositivos tan costosos, lo cual atentaría contra la prestación de servicios de modo igualitario a todos sus afiliados.

Ahora bien, del marco cognitivo del expediente se observa que ese agravio no tiene base probatoria mínima y sólo se presenta como una hipótesis que en nada puede gravitar sobre los extremos fácticos que sí están probados. En tal sentido, el organismo no justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio patrimonial, ni acreditó la imposibilidad económica para hacer frente a la prestación reclamada por la parte actora.

2.3. A todo evento y confiriéndole mayor amplitud al argumento en trato, el Tribunal juzga que atento la naturaleza de los derechos lesionados y la singular situación sensorial del menor involucrado, que lo conlleva a una dificultosa inserción en el ámbito escolar que en breve comenzará a transitar y que compromete otras prerrogativas de raigambre constitucional (arts. 14 de la Constitución Nacional, 13 apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros), la negativa de la prestación cimentada exclusivamente en contingencias pecuniarias tampoco puede admitirse. En esa inteligencia, cabe subrayar que la actividad de OSECAC debe tornar operativos los principios de la seguridad social a los que alude el art. 14 bis de la Constitución Nacional, con un carácter integral que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios.

Sobre el punto, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "(1) o dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75, inc.22, de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones sociales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" ("Fallos" 323:3229).

3. Por último, habiendo acreditado el letrado patrocinante de la parte actora que se encuentra matriculado para actuar ante la Cámara Federal de esta ciudad (fs.81), el examen de la objeción esgrimida por el recurrente en este aspecto resulta insustancial.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

IV. Conclusión.

De las consideraciones precedentes puede concluirse que: a) la falta de producción de la prueba ofrecida por la obra social no le quita validez al pronunciamiento de origen como acto jurisdiccional. Ello en tanto el tema disputado y las pruebas introducidas por ambas partes son suficientes para la solución del pleito; b) la dolencia que padece F. Z., el grado de discapacidad permanente que le produce y su pronta inserción en ámbitos en los que experimentará dificultades de comprensión por la falta de codificación y de decodificación oral -como el escolar- conducen a la necesidad de que se reemplace el procesador auditivo que actualmente tiene; c) la falta de prueba sobre el desequilibrio económico que sufriría la obra social en caso de tener que afrontar la compra del procesador *Freedom* de la firma *Cochlear*, la naturaleza de los derechos lesionados y la singular situación del menor involucrado tornan inadmisibles la negativa de la prestación con exclusivo sustento en razones patrimoniales.

V. Por lo expuesto, el TRIBUNAL RESUELVE:

Confirmar la sentencia de fs.83/86 apelada en todo lo que decide y fuera materia de agravio, sin costas de Alzada atento la falta de réplica de la contraria.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

Fdo: Dres. Carlos Alberto Vallefin - Antonio Pacilio - Carlos Alberto Nogueira

Dra. Concepción di Piazza de Fortin