

NEUQUEN, 15 de Septiembre del año 2021

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**E. A. L. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO**" (JNQC15 EXP 100510/2020) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Patricia CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Tal como lo señaláramos, en la anterior intervención de esta Sala, la Sra. E. dedujo amparo contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN con el objeto de que se condenara a este último, a tomar todas las medidas pertinentes para otorgar la cobertura total de los montos del implante coclear Nucleus 6 con procesador CP910 y electrodo Countour Advance, de conformidad con lo que le fuera prescripto por su médico tratante, así como los costos de los estudios complementarios y pre-quirúrgicos y la cirugía a realizar por el Dr. SANCHEZ SORIA en el Policlínico Neuquén.

Consideramos en dicha oportunidad, que el accionar administrativo era reprochable en tanto "...si entendiera que la voluntad administrativa ha sido exteriorizada a través de la constancia emitida por el Director de Prestaciones de fecha 26/09/2017 (hoja 71, ya transcripta) o de fecha 13/02/2019 emitida por el médico auditor (también reseñada y obrante en hojas 74 vta.) es claro que -más allá de las cuestiones formales y competenciales- no cumplen con los aludidos recaudos de motivación y desde tal vértice, se presentan como una respuesta no aceptable en el contexto de este debate...".

Y agregábamos "...este deber de fundamentación de la decisión administrativa, no se advierte presente en el obrar desplegado en sede administrativa: **Lo que debiera resultar, debidamente fundado en razones técnicas y científicas es si, el implante coclear autorizado da respuesta al problema de**

salud de la accionante.

Es que más allá de que el menor valor sea una pauta de decisión, ello es admisible, en tanto el implante de menor valor se adecúe a ello.

Y, determinarse, no sólo si el adjudicado cumple con los requerimientos técnicos indicados por el médico tratante (que parece resaltar, entre el mayor número descripto, al sistema dual de energización y al "electrodo perimodiolar"), sino, además, si, de no contar con la totalidad de dichos requerimientos, cuál sería la incidencia de las diferencias o carencias y las razones por las cuales, en su caso, el autorizado sería igualmente idóneo para dar respuesta médica adecuada y aceptable.

Nada de esto surge de lo actuado en sede administrativa y debe destacarse que, la regla cierta, es considerar la voluntad administrativa en la exteriorización final, puesto que es ella la que expresa la voluntad de la Administración Pública (conf. Bielsa R. Derecho Administrativo, Tomo. II, pág. 34)... **Bajo estas premisas, puede afirmarse que, en este caso, las consideraciones que intentan fundamentar el accionar llevado a cabo en sede administrativa se presentan como insuficientes: no advierto que se haya analizado y fundamentado con razones técnicas suficientes (claramente las expuestas en el correo de la empresa adjudicataria no lo son) la adecuación o inadecuación del dispositivo cuya compra se ha autorizado o, la innecesariedad de que reúna todas las especificaciones indicadas por el médico tratante...**".

Y, en lo que motivó centralmente, nuestra anterior decisión, reprochamos la falta de elementos probatorios en los que se sustentara la decisión y así dijimos:

"...Llegados a este punto, más allá de la reprochabilidad de lo actuado en sede administrativa, lo cierto es que, en esta causa, tampoco se cuenta con elementos suficientes para resolver sobre estos aspectos. En este punto

asiste razón al demandado recurrente.

En efecto, frente a las especiales características que presenta el sustrato fáctico en el cual se desarrolló la relación administrativa y la ausencia de elementos de prueba superadores en esta instancia, la decisión adoptada por la magistrada de grado carece de fundamentos ciertos. De allí que, frente a las distintas alternativas que pudiera presentar la respuesta final a la situación (lo que presupone las evaluaciones técnicas que se indicaran en el punto 4.2.) cualquier orden que se emitiera en esta instancia, excedería las posibilidades de resolución jurisdiccional: a pesar del largo período transcurrido, a la postre siquiera puede conocerse a ciencia exacta, los requerimientos técnicos con los que necesariamente debe contar un dispositivo coclear adecuado a la demandante...".

2. Luego de nulificada la sentencia y reenviadas que fueron las actuaciones para producir la prueba ofrecida por las partes, la nueva magistrada interviniente dictó sentencia, la que es recurrida por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. He de recordar que, en la anterior oportunidad, el demandado se agravió de que no se produjera prueba, la que fue llevada a cabo.

Corresponde, entonces, analizar si, conforme el resultado de la prueba rendida, la sentencia dictada se ajusta a las previsiones legales y encuentra fundamento en sus resultados; en base a ello, si los agravios deducidos pueden ser receptados.

3. En efecto, el demandado se agravia de los siguientes aspectos:

a) No se ha respetado el derecho de auditoría, control y propiedad de la Obra Social: Bajo este agravio, inicialmente, se refiere a la falta de recaudos para la procedencia de la vía, indicando que debe ser desestimada cuando no surge con nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se arguye.

Indica que la misma magistrada reconoce que el

médico tratante no ha fundamentado médicamente los motivos del rechazo del implante otorgado con el Instituto y que, es su deber velar por los intereses de todos los afiliados.

Entronca ello con la justificación de la necesidad de nuevos estudios, para que estos pudieran aclarar los motivos de la marca específica solicitada y para evaluar si la patología había empeorado.

De allí que entiende que el actuar administrativo no es lesivo en forma arbitraria o ilegal, de modo manifiesto.

Agrega que la magistrada se basa en el testimonio del médico tratante, pese a que el perito médico "si bien coincide que el procesador solicitado por el Dr. Soria, cumple con las necesidades de la actora, también hay un modelo más económico que da similar rendimiento auditivo...".

En este punto afirma *"Que asimismo, en relación a la opinión médica del perito especialista, claramente podemos evidenciar que la juez de grado ha tomado la opinión del profesional de manera subjetiva, dictado la presente resolución recurrida de manera voluntarista sin encontrarse debidamente ajustada a derecho. Nótese V.E. que si bien el perito afirma que el procesador solicitado por el Dr. Sánchez Soria, se encuentra ajustado a las necesidades de la actora, cuestión esta que mi mandante no ha discutido, no puede evidenciarse la capacidad real de usufructo de estas propiedades del procesador externo, ya que es aquí en donde existe la opción de variar la indicación, sin modificar el rendimiento auditivo del paciente y lograr así bajar el costo final del implante..."*.

Indica que, en este punto es donde corresponde respetar las facultades de auditoría y control; sostiene que no se le ha negado el implante, sino que se han requerido nuevos estudios que acrediten el pedido médico.

Cita jurisprudencia que -indica- da apoyo a su posición y sostiene que la decisión no se sustenta en fundamento alguno, siendo arbitraria.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 319 y ss. (presentación general N° 158463).

4. Ahora bien, la cuestión que aquí debe analizarse se da en el marco de protección a una persona en condición de vulnerabilidad, por su afectación a la salud en grado incapacitante. De allí que, aún cuando no compartiera la oportunidad de tratamiento (por las razones que diera en nuestra anterior intervención), lo cierto es que, como señalara mi colega de Sala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “[...] *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como la discapacidad [...]*”. “139. Una vez establecidos estos estándares generales, la Corte considera que al haber sido Sebastián Furlan un niño y, actualmente, ser un adulto con discapacidad, es necesario analizar la controversia entre las partes a partir de una interpretación de los derechos de la Convención Americana y las obligaciones que de estos se desprenden, a la luz de las medidas especiales de protección que se derivan de dichos estándares. Dicho marco brinda mecanismos para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas”, (Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia del 31/08/2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Es que la cuestión refiere a dos derechos

especialmente tutelados; los dos elementos esenciales que el tratamiento de la cuestión aquí planteada encierra, trasuntan por la protección del derecho a la salud y al de las personas con discapacidad.

El primero de ellos, el derecho a la salud, "es reconocido en documentos internacionales que fueron ratificados por nuestro país (art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art.25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, art.29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.12.1 y 12.2.d). Además, es analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosísimos casos (Fallos 323:3229, consid. 16 y sus citas (321:1684 y 323:1339) y 324:3569, consid. 11 y sus citas, entre muchos otros). Este derecho significa - mínimamente- la preservación de la vida en condiciones de equilibrio psicológico y biológico y requiere de la acción positiva de los órganos del Estado -también del Departamento Judicial- en procura de que las personas en riesgo reciban las prestaciones necesarias.

Esto implica el deber de la judicatura de procurar que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución no quede en mera retórica, sino que a través de su función se permita la efectiva y eficaz realización del derecho.

En relación con lo expresado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que lo dispuesto en los tratados internacionales con 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 de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (v.

doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros)...” (cfr. “García, Luciana c/ OSDE y otros/ Amparo”, Expte. n° 10.041/07, fallo del 16.09.2008, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II).

Vinculado con este derecho, se encuentra otro aspecto no menos importante en este caso, que es el tema de la discapacidad. Así: “de acuerdo con el art. 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280, se entiende a la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social. Asimismo, el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna establece que debe legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por otra parte, la ley 22.431 instituyó el “Sistema de protección integral de las personas discapacitadas” que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, y la ley 24.901 que estableció un “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”, que contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art. 2, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se

encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art. 1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad.

Asimismo, la ley 23.661 dispuso la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con el fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país. Esta norma establece que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan (art. 28)" (ibíd.).

Y tampoco puedo dejar de señalar a las disposiciones contenidas en la ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía constitucional otorgada por ley 27.044 en los términos del artículo 75, inc. 22 C.N. y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

Así, específicamente el artículo 25 dispone 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. Los Estados Partes 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. En particular, los Estados Partes:

- a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b) Proporcionarán 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;

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibirán 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 velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

Todo esto, en el marco de la toma de conciencia y de las acciones que en tal sentido ordena el artículo 8°.

Nótese, así también, que la Carta Provincial recepta el derecho en cuestión en los arts. 55 y 134 y, específicamente, en el artículo 50 en cuanto preceptúa que: “El Estado garantiza el pleno desarrollo e integración económica y sociocultural de las personas discapacitadas, a través de acciones positivas que les otorgue igualdad real en el acceso a las oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes y esta Constitución,

sancionando todo acto u omisión discriminatorio. Promueve y ejecuta políticas de protección integral y de fortalecimiento del núcleo familiar, entendido como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tendientes a la prevención, rehabilitación, educación y capacitación, e inserción social y laboral. Promueve y consolida el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, comunicacionales, sociales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo."

4.1. En este contexto de análisis, entiendo que no le asiste razón al Instituto demandado, fundamentalmente, a partir del dictamen del perito médico, el cual no mereció impugnaciones, ni pedido de aclaraciones en la oportunidad prevista para ello.

Conforme surge del informe obrante en hojas 242, estamos frente a una mujer de 42 años, dedicada al cuidado de tres hijos.

El perito afirma que *"Considerando los antecedentes personales patológicos del paciente, según la signo-sintomatología, según los exámenes médicos complementarios realizados oportunamente, más los antecedentes obrantes en las actuaciones, la Sra. A. L. E. presenta un cuadro con diagnóstico de HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL SEVERA-PROFUNDA IRREVERSIBLE tratada oportunamente con el equipamiento correspondiente (a saber, audífonos desde su juventud) y que debido al deterioro que presenta su resto auditivo requiere de otro tipo de prótesis auditiva para lograr percepción audiológica, en este caso de un implante coclear. Se reconoce como posible agente etiológico su cuadro meníngeo sufrido a temprana edad..."*.

Tenemos entonces, un primer dato relevante cual es que presenta una HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL que es SEVERA-PROFUNDA e IRREVERSIBLE, desde donde los nuevos estudios requeridos por el ISSN, se presentan de relativa eficacia ante la gravedad y definitividad del diagnóstico. Aclaro también

aquí, que el alcance de los agravios, en este punto, es muy general y nada, por lo demás, se pidió al perito que aclarase.

Luego, el perito indica que el implante solicitado cumple con las necesidades médicas del paciente y explica (en extremo sobre cuya falta de explicación habíamos hecho énfasis en nuestra anterior intervención) que "al optar por un modelo de implante el médico debe tener en cuenta principalmente la anatomía del paciente, el tiempo de estimulación auditiva que el paciente tiene, el desarrollo de la habilidades auditivas y del habla que el paciente ha logrado o que puede lograr, las posibilidad de acceder a una terapia de habilitación o rehabilitación auditiva, la familiaridad con el producto y el soporte técnico posterior (a lo largo de la vida del paciente, siendo de inicio una prótesis que debería ser para toda la vida del paciente), entre otras. **No existen dentro del portfolio (o modelos) de las otras marcas de implantes electrodos con disposición perimodiolar (que es el indicado en este caso)...**".

Vemos, entonces, que el dispositivo autorizado por el ISSN no cumplía con los requerimientos efectuados, en tanto, solo el indicado cumple con la disposición perimodiolar.

Y explica luego, cuál es la trascendencia de esa disposición: "...el implante coclear elegido por el médico tratante **tiene un array de electrodos dispuestos de manera tal que se adaptan a la pared coclear interna logrando así estimular al nervio auditivo de manera más específica y con menor gasto de energía (tienen mayor especificidad neuronal a nivel coclear, disminuyendo los niveles de estimulación eléctrica necesarios para la activación y mejorando la performance auditiva del paciente)**. El Procesador Externo para ese implante cumple con las necesidades del paciente, ofreciéndole un plus de conectividad inalámbrica que le permite una mejor adaptación a su entorno..." (los resaltados de ambos párrafos son

propios).

Y en clave de cierre afirma: ***"En conclusión y según mi conocimiento y entendimiento: El implante y procesador externo indicado por el Dr. SANCHEZ SORIA Roberto Mariano a la paciente A. L. E. es correcto y está acorde a las necesidades del paciente"***.

Insisto en que ninguna impugnación o explicación se ha solicitado y desde los términos de la pericia, entiendo que la interpretación efectuada por la magistrada no se presenta "subjetiva" sino que, antes bien, es producto de una lectura integral del informe pericial y sus conclusiones, que parten de un diagnóstico de caracterizar a la hipoacusia neurosensorial que presenta la actora, como SEVERA-PROFUNDA IRREVERSIBLE y que resalta que el modelo indicado mejora la performance auditiva, lo que se presenta necesario en punto a la severidad del cuadro.

Y así lo explica el médico tratante al indicar que el modelo se prescribe por el electrodo perimodiolar, por las características de la pérdida auditiva, en tanto este electrodo se adapta al contorno de la coclea y por eso, tiene más puntos de estimulación y mejora la calidad de discriminación del paciente y tiene mejor rendimiento (acoto aquí que, conforme la constancia obrante en hojas 290, la hipoacusia neurosensorial bilateral que presenta la actora, lo es "con severas dificultades de discriminación de palabras").

Vemos, entonces, que el testimonio de carácter técnico se encuentra en la misma línea de la pericia y coadyuva a la valoración que, de aquélla, efectuara la magistrada (la valoración de éste, cuenta con el sustrato del trabajo pericial; esto diferencia al presente caso de otros, en los cuales la única prueba rendida se limitaba al testimonio del profesional tratante).

En cuanto al procesador, el testigo aclara -en la misma línea que el perito- que es la parte exterior y son dos diferentes: preguntado por el

indicado por el perito (modelo 802), indicó que la serie 800 se dejó de fabricar y pasó a producirse la serie 900, dentro de ellos, el 910 que fue el solicitado.

Me detengo en este aspecto, porque aquí reside una de las críticas de la demandada; sin embargo, nada dice en cuanto a la discontinuidad de la fabricación.

En cuanto al testimonio del Dr. Navarro, debo decir que no contrarresta los aspectos que surgen de la pericia, ni tampoco al testimonio del médico tratante. Las funcionalidades a las que alude, indicando que pueden ser distintas, son las tratadas en la pericia en punto al electrodo periomodiolar. Las alusiones que efectúa en punto a la marca (la imposibilidad de prescribir por marca) entiendo que no son desconocidas por la magistrada, sino que, conforme a los términos de la pericia, el reparo en el caso se diluye al estar a lo informado por el perito *"...no existen dentro del portfollio (o modelos) de las otras marcas de implantes electrodos con disposición perimodiolar"*.

En definitiva, no se trata de desconocer las facultades de control y auditoría, sino que, a la luz de las constancias de la causa, no existen elementos que permitan desvirtuar el acierto de la prescripción, antes bien, los términos de la pericia llevada a cabo, la confirman.

Es que *"si bien es cierto que el Instituto titulariza un derecho a efectuar auditorías y controles sobre las prácticas médicas, su discrecionalidad se encuentra supeditada a un ejercicio razonable y no arbitrario [...]"*, ("PADUA FABIAN GUSTAVO c/ I.S.S.N. s/ ACCION DE AMPARO", EXP 472081/12; "LABRIN ANABEL ESTHER C/ I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO", EXP 100082/2017; "LELCO OSCAR EDUARDO Y OTRO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO", EXP 100231/2018). En base a estas consideraciones, entiendo que los agravios no pueden ser receptados y la sentencia debe ser confirmada en todas sus partes. Costas a

la recurrente vencida (art. 68 del CPCC). **MI VOTO.**

Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en hojas 309/317vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado.
- 2.- Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 68 del CPCC) y regular los honorarios por la actuación en la Alzada en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
- 3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA