

Cutral Co, 01 de Agosto del año 2022.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN" (Expte. JJUCI2-344/2022), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de la ciudad de Cutral Co; venidos a conocimiento de la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, integrada por el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Alejandra Barroso:

De acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

I.- Ingresó el presente incidente a mi conocimiento, a fin de tratar la apelación interpuesta por la parte demandada contra la providencia del 22 de Diciembre del 2021, mediante la cual, la jueza de grado hizo lugar a la medida cautelar requerida por el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, en favor de la Srta. M. S. A. V. ordenándose al accionado ISSN para que en el término de 48 hs. le otorgue las prestaciones requeridas.

II.- En cuanto al análisis de los requisitos para el despacho favorable de la cautelar, la aquo entendió que la verosimilitud del derecho se encontraba acreditada dado el problema de salud de M. S. A. V. y su condición de afiliada a la obra social accionada y el peligro en la demora representado por la índole de la afección de aquella y de la premura con que debe recibir el tratamiento y los insumos. También, se apoyó en la normativa de jerarquía constitucional invocada por la actora.

Respecto al peligro en la demora, lo consideró presente por las razones urgentes de salud explicadas por la accionante en su demanda, referidas a las eventuales consecuencias negativas en caso de no acceder al tratamiento. Cita el antecedente "A. S. A. c/l.S.S.N. s/ incidente de apelación" (expte. -INC-208/2021) del 17/12/2021 de la Sala II, de esta Cámara en donde se indica que de "(...)no otorgarle dicha medicación preventivamente hasta el momento de la resolución del fondo representa un grave riesgo ya que la falta de aquel puede ocasionarle un daño de imposible reparación posterior a la salud de aquella. Concluyo entonces a tenor de los argumentos desarrollados que en el caso el derecho aparece "en el marco de lo hipotético y razonable" bastando ello para el despacho favorable de una cautelar (...) Máxime teniendo en vista los intereses en juego, derecho a la salud y a la vida de la Sra. A. frente a los derechos de auditoría de la obra social y de propiedad de la obra social recurrente". (Sala 2, la que también integro).

En cuanto a la contracautela, entiende la jueza de grado que en el caso, corresponde eximir al peticionante de su prestación, atento a su carácter (Defensor Público), el de la persona (adolescente) que, en definitiva, debe recibir la prestación (cfme. Art. 200, inciso 2°, del CPCyC).

III.- La obra social recurrente cuestionó la decisión pues entiende que no se encuentran presentes los requisitos y considera que la resolución violenta gravemente el derecho de defensa, el principio de congruencia, la verdad jurídica objetiva y el debido proceso legal, como así también las facultades discrecionales, de control y de auditoría de las prestaciones que otorga a sus afiliados.

Sostuvo que no existe verosimilitud del derecho, porque, si bien conforme los dichos de la contraria la patología de la actora se encuentra reconocida por el ISSN, y es beneficiaria de la obra social, aquí no se observa de qué modo su mandante le ha negado la cobertura requerida.

Así transcribe informe de la subdirección de Gestión Profesional y Técnica del ISSN, que indica: Neuquén, 21 de Febrero de 2022 (...) En virtud de lo solicitado se informa, que según nuestros registros se le brinda de forma periódica a la

afiliada los medicamentos, tiras reactivas e insumos de bomba según se observa en los archivos adjuntos conformados por la Sra. N. V.. Que se encuentra en gestión de provisión y pronta entrega, la correspondiente al mes de febrero del 2022 tramite electrónico Tramite Número 119047: set de infusión MMT 397 por 30, reservorio MMT332 por 30, sensor continuo de glucosa MMT7020 por 15 (insumos por 3 meses) Orden de Provisión: 235-16142. Que todos los afiliados enrolados en dicho plan deben cumplir en tiempo y forma con la documentación respaldatoria que solicita el auditor quien evalúa cantidad de tiras, dosis de insulina y tiempo de renovación de los mismos, siendo para medicamentos cada 6 meses a un año, insumos protésicos cada 3 meses y bomba de insulina cada 4 años. Se hace mención que la auditoria de insumos protésicos es cada 3 meses por el corto vencimiento de traen los sensores y reservorios y porque además la empresa proveedor, única en el mercado, envía mensualmente los insumos por falta de stock. Que estos insumos solo puedan ser adquiridos mensualmente pueden conllevar demoras en la provisión ya que se deben remitir una vez comprados a la farmacia institucional y luego por cargo de ISSN al domicilio del afiliado siendo el tiempo de gestión (presentación de documentación, Auditoria, compra y despacho) de 30 días escaso. Se adjuntan a la presente documentación de recepción de los set solicitados y medicamentos provistos. Fdo. Farm. Andrea Borzi.”

Que en relación a ello indica la recurrente que tal como se informa, se adjuntan los comprobantes tanto de entrega de insumos para el funcionamiento de la bomba, como de la medicación y las tiras reactivas, que acredita que al momento de la interposición del presente amparo, y del dictado de la medida cautelar condenatoria, su mandante no tenía cobertura pendiente por otorgar a la Srta. M. S..

Que asimismo expresa que respecto a la provisión de insumos de la bomba de insulina, los mismos fueron gestionados y entregados en el trámite electrónico 94916 compuestos por su Expte. Madre más 7 alcances, caratulado: “A. M. S. S/ SOLICITUD DE INSUMOS BOMBA DE INSULINA CASO 39409 de los cuales según expresa se adjunta al presente el “alcance 07” a modo de ejemplo de tiempo de gestión y tramitación del mismo, cuyos suministros fueron entregados en debida forma a la progenitora de la afiliada, previo a la interposición del presente amparo, lo que demuestra que la condena a la demandada resulta arbitraria ya que no se ordenó un previo traslado a los efectos de que se informe en qué estado se encuentra la cobertura del tratamiento.

Respecto al peligro en la demora, según la recurrente indica, tampoco se encuentra presente, dado que no se acredita que su mandante haya puesto en riesgo la vida de la Srta. María Sol, como tampoco demuestra la falta de recepción de la cobertura por la cual se condena a la obra social, resultando irrazonable entonces según entiende, que el aquo haya hecho lugar a una medida extraordinaria que lejos está de resultar urgente y que se condene a su mandante a otorgar la cobertura necesaria para el tratamiento médico de la afiliada con la escasa evidencia aportada por la parte actora, y solo por sus dichos.

Que la arbitrariedad de la medida atacada, reside en la condena injusta y abusiva contra su mandante para que otorgue una cobertura que ya ha puesto en manos de la afiliada en tiempo y forma, periódicamente y atendiendo en forma inmediata y eficaz los diferentes pedidos médicos presentados, garantizando la vida y la salud de la misma.

Del mismo modo afirma que desde que la afiliada fue diagnosticada con diabetes y se solicitó la incorporación a través de la Casa de Prevención del ISSN, se le ha otorgado cobertura al 100% para todo lo atinente a su patología, tal como se acredita mediante la documental adjunta desde el año 2017, por lo que su mandante nunca ha negado la prestación, y según afirma se encuentra al día en la entrega de los insumos médicos, y nunca se encontró en falta, ni antes ni luego de la interposición de la demanda.

Indica así mismo que nunca se acreditó por parte de la actora, ni se fundó acabadamente por la aquo, el requisito de perjuicio irreparable o de difícil reparación ulterior, el cual según indica no se encuentra presente, ni en la demanda ni en la resolución que se ataca, por lo que a su entender la misma resulta incongruente, arbitraria e infundada ya que por la sola documental acompañada por la contraria y los dichos del defensor no se configuran los requisitos para la procedencia de la medida.

Asimismo argumenta también que la falta de urgencia se observa clara, ya que se le ha notificado a su mandante la medida cautelar, recién dos meses después de haberse dictado, por lo tanto cae rotundamente el requisito del peligro en la demora.

A su vez se agravia la recurrente debido a que la resolución ha avasallado las facultades de auditoría y control de su mandante.

En el mismo sentido indica que el plazo de 48 hs. otorgados por el aquo para dar cumplimiento con las prestaciones ordenadas en la cautelar resulta totalmente irrazonable, por ser de alto costo el inicio del expediente administrativo electrónico, hasta su compra y posterior entrega en la ciudad de Cutral Co, cuya demora es de al menos 3 semanas, por lo que argumenta que resulta imposible para su mandante proceder a la adquisición de ello en el plazo ordenado por el aquo.

Por último se agravia atento a que el otorgamiento de la medida cautelar interpuesta por la contraria, violenta gravemente el derecho de defensa de su mandante, como el derecho de propiedad, ya que efectúa prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo que de ninguna manera la contraria ha probado, dado que el objeto del amparo es idéntico a la medida cautelar requerida, los cuales ambos no tienen razón de ser, ya que su mandante ha otorgado en tiempo y forma las prestaciones requeridas.

Culmina solicitando se revoque la medida cautelar, con costas a la contraria, efectuando reserva del caso federal.

IV) En primer término y como jueza del recurso, con respecto al planteo de la actora en su contestación, considero que la expresión de agravios de la recurrente cumple con las pautas fijadas en el art. 265 del CPCyC, por lo que la crítica efectuada habilita su análisis sustancial. Considero a su vez la materia en la que estamos decidiendo, y el criterio amplio y favorable de esta Cámara a la apertura del recurso, a fin de armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio.

Destaco, de igual manera, que no seguiré al apelante en todas y cada una de las alegaciones realizadas, sino solo en aquéllas que resulten pertinentes para la resolución de la apelación. Señalo esto, porque advierto que los argumentos de la demandada exceden el marco de la medida cautelar hacia la discusión de fondo, lo que no corresponde en esta etapa.

La cuestión se centra en determinar si los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora de la cautelar fueron acreditados por la actora. Como primer punto, destaco que es opinión compartida tanto en doctrina como en jurisprudencia, que para un despacho favorable de una cautelar “basta con que el derecho aparezca en el marco de lo hipotético y razonable. Se sabe que la apariencia de buen derecho alude, en realidad a la verosimilitud de los hechos en que se funda el derecho alegado, lo que requiere del peticionante una acreditación sumaria, que no sólo debe resultar del relato fáctico aportado, sino del acercamiento de elementos que de manera aun superficial o periférica indiquen tal verosimilitud” (Jorge W. Peyrano –director-, María Carolina Eguren –coordinadora- “Medidas Cautelares”; Rubinzal Culzoni Editores; Año 2010; Tomo I, pág. 609).

Entonces, adentrándome en el análisis de las actuaciones, destaco que la revisión debe basarse única y solamente en lo resuelto por la aquo, esto es, si se encontraban acreditados al momento de su petición y despacho, los presupuestos cautelares para ordenar la medida, consistente en la entrega a la

Srta. M. S. A. V. por parte del ISSN y en un plazo de 48 horas de notificada, los insumos necesarios para el funcionamiento de la bomba de insulina así como la medicación y las prestaciones médicas (entre ellas insulina, tiras reactivas y glucagón) que sean necesarias para garantizar su derecho a la vida y a la salud.

V.a) Centrándonos como primera medida en la verosimilitud del derecho, y analizado el plexo normativo que rige el caso, tenemos en primer término la Ley 26.061 (ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes) que en su Art. 14 indica que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud". (la cursiva me pertenece). Del mismo modo nos indica la Ley N° 23.753 modificado por ley 26.914 (Ley de Diabetes), que se autodeclara como de orden público (Art. 7), en varios pasajes de su cuerpo, que la autoridad de aplicación nacional en conjunción con las provincias tomarán las medidas de acción necesarias a los efectos de garantizar la oportunidad del tratamiento o de otorgar un "tratamiento adecuado" (Art. 1) y particularmente indica que "La cobertura de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol de los pacientes con diabetes, será del 100% (cien por ciento) y en las cantidades necesarias según prescripción médica. Para acceder a lo establecido en el párrafo anterior, sólo será necesaria la acreditación, mediante certificación médica de una institución sanitaria pública, de la condición de paciente diabético. Esta certificación se hará al momento del diagnóstico y seguirá vigente mientras el paciente revista el carácter de enfermo crónico. La Autoridad de Aplicación no podrá ampliar los requisitos de acreditación para acceder a la cobertura".

En el mismo sentido la reglamentación de la misma según Decreto 1286/2014 insta a la autoridad de aplicación en conjunción con las provincias a adoptar las medidas necesarias para garantizar a los pacientes el aprovisionamiento de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol que se estimen como elementos indispensables para un tratamiento adecuado.

Y por su parte la Resolución 423/2018 del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, en su Art. 5 establece que "Las Obras Sociales nacionales, las Entidades de Medicina Prepaga, el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS, la OBRA SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, la DIRECCION DE AYUDA SOCIAL PARA EL PERSONAL DEL CONGRESO DE LA NACIÓN, el INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS y las OBRAS SOCIALES UNIVERSITARIAS deberán establecer los procedimientos administrativos necesarios a fin de garantizar la provisión de medicamentos e insumos acorde lo estipulado en el ANEXO I de la presente norma", invitándose "a las provincias a instrumentar los mecanismos necesarios tendientes a garantizar la cobertura a las personas que no estén comprendidas en el Sistema Nacional de Seguro de Salud". (Art. 6), adhiriendo en el caso de nuestra provincia a dicha normativa nacional, por ley provincial N° 2304.

Por lo que de todo este plexo normativo y de su calidad de afiliada de la obra social recurrente –lo que no se encuentra controvertido-, se colige que a la Srta. M. S. A. V. le asiste el derecho a que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN) le brinde las prestaciones médicas prescriptas por su médico tratante a los efectos de garantizar el tratamiento adecuado que prescribe la ley, y como resulta obvio aclarar, no será adecuado, si la prestaciones médicas que el tratamiento incluye, se otorgan fuera de tiempo oportuno o de manera parcial.

Ahora bien, si confrontamos este presupuesto con las constancias de los autos principales a la que la parte recurrente hace referencia continua –es por ello que se ha requerido para su cotejo-, (DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/

ACCIÓN

DE AMPARO JCUCI2 EXP 88531/2021), se observan innumerables reclamos por la progenitora de la niña enviados vía mail al ISSN, uno de ellos que resume la situación fáctica ocurrida es el obrante a fs. 29 enviado en fecha 6/10/2021 que transcribo para su mayor comprensión en donde indica que “comencé este trámite el 31/08/21 el 13 de septiembre me escribí un mail una persona llamada P. informando lo resuelto por el Dpto. de prevención Sec. y solicitando expresamente la bajada de glucómetro “de agosto” y una nueva bajada de bomba ya que yo había enviado, de esta última, hasta julio. Junté la información tal como se me solicitó en ese momento y la envié el 21/09/21 cuando obtuve la nueva bajada analizada por la Técnica de la bomba, hoy 06/10/21, varios días y emails después me están solicitando nuevamente otra bajada de algo que ya envié. Es este momento y después de tantos obstáculos, demoras en responder, diferentes personas que no se ponen de acuerdo parece ser que están dilatando este trámite. Lo mismo está pasando con la previsión de insulina y tiras reactivas, envié el pedido y la planilla correspondiente el 31/08/21, dijeron que está aprobado pero mi hija no recibió estos insumos necesarios para poder vivir en el mes de septiembre ni en lo que va de octubre. Dependemos de préstamos de 3ros, hasta que su obra social envía lo que por derecho le corresponde”.

Dicha información puede ser corroborada si cotejamos la prueba aportada en el principal por el ISSN.

En efecto del “Alcance 5” a fs. 505 por remito N° 0001-00014516 la Sra. V. N. – progenitora de la menor- recibió en fecha 22/07/2021 la última provisión de insumos para el funcionamiento de la bomba de insulina. Desde dicha fecha y hasta el 02/11/2021 según relata la propia demandada y surge del remito N° 0001-00015787 obrante a fs. 494, no volvió a recibir otra partida de insumos hasta Noviembre, aun habiendo previamente denunciado la falta de los mismos a la obra social a fines de Agosto.

De ello resultaría prima facie, que por un lapso la niña no habría recibido provisión de insumos previos y a tiempo por el ISSN para el funcionamiento de la bomba, lo cual se corrobora con el informe transcrito por la propia recurrente de fecha 21/02/2020 en el incidente de apelación en cuanto a que la provisión de insumos protésicos se otorga cada 3 meses. Entonces, si deben otorgarse cada 3 meses y la primer entrega fue el 22/07/2021 y la segunda fue el 02/11/2021, se desprende que ha existido demora de al menos 10 días en la entrega de los insumos, retardo, que ante este tipo de patologías no resulta menor y justifica al menos verosímilmente la pretensión cautelar en lo que a este presupuesto se refiere.

V.b) Y esto me lleva al análisis del peligro en la demora.

En efecto, no escapa a esta sentenciante el hecho de que la fecha de interposición de la demanda conjuntamente con la medida cautelar en fecha 21/12/2021 ya se encontraba cumplido -como dijimos en fecha 22/11/2021- la última provisión de insumos.

Sin embargo, como se puede deducir de toda la documental adjunta a la que la recurrente hace referencia, esta cubriría los insumos incumplidos, es decir por un periodo anterior vencido, lo que no aseguraría a mi entender, -siempre analizando la cuestión en grado de verosimilitud- la provisión oportuna y adecuada del tratamiento después de haberse consumido los últimos entregados y mientras se sustancia la pretensión principal hasta culminar con la sentencia definitiva. Corrobora la eficacia de la medida, el hecho de que en fecha 22/02/2022 (ahora sí, exactamente a los 3 meses dese la última provisión 22/11/2021) y en virtud de la cautelar ordenada en primera instancia según se lee en resolución del ISSN que obra a fs. 920, la obra social requerida cumple con la entrega de los insumos en tiempo y forma.

Ello, aunado a que la patología sufrida por la Srta. M. S. V., es de aquellas calificadas como crónicas, es decir que requieren un tratamiento no solo

oportuno y adecuado, sino también ininterrumpido para toda la vida de la accionante, debido al peligro de daño irreparable que cierne sobre su salud de ser obstruida su continuidad, (vgr. constancia de internación en epicrisis de fs. 4 del principal por episodio de hiperglucemia) todo lo cual justifica suficientemente el presupuesto de urgencia que requirió el despacho favorable de la medida, situación que no puede ser soslayada por el derecho de control y auditoría que posee la obra social.

V.c) En efecto, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra también -a más de las normas precitadas que son reglamentarias de estos-, el 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. 3º y 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948; 2º, 4º y 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos; 10.3 y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Siendo particularmente parte de esta última normativa constitucional-convencional que, "la facultad de control de la obra social demandada, 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. Corte de Justicia de la Provincia de Salta en L. K. I. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) s/ amparo - recurso de apelación, 22/09/2021).

En efecto, la sentencia dictada en autos no obsta a las posibilidades de control y auditoría del ISSN, ni a las facultades de objetar el tratamiento y/o la medicación cuando fundadamente resulten innecesarias, inconvenientes a la salud de la paciente o inconducentes para su mejor tratamiento, pero siempre debe respetar el principio de no interrupción –o de no regresión- ya que ello hace al "tratamiento adecuado" que está obligado a brindar, máxime en el caso como el de autos, en donde se encuentra suficientemente conocida la situación médica de la niña por el ISSN desde el año 2017, como bien reconoce la recurrente.

En definitiva, coincidiendo con lo indicado por la Cámara de Apelaciones de Neuquén, "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, E. A. L. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE AMPARO 15/09/2021).

VI).- En cuanto a la imposición de las costas de segunda instancia, entiendo que corresponde supeditarla al resultado de la sentencia definitiva, dado que será recién en esa ocasión que se podrá determinar con certeza si la posición de la demandada era justificada.

Se ha señalado en este sentido que "el carácter accesorio y provisional de las medidas dispuestas excluye la posibilidad de una condena específica de costas en las sentencias que la ordenan; la imposición de costas de las medidas cautelares solamente podrá tener lugar al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (o posteriormente), que es el momento idóneo para apreciar quién es el vencido en la cuestión de fondo, salvo que, por excepcionales circunstancias del caso, no exista oportunidad posterior para tratar el tema" (Cfr. Roberto Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", Editorial Astrea, 200. Pág. 261).

VII.- Por todo lo argumentado, propongo al acuerdo confirmar la resolución

apelada y diferir la imposición de costas de Alzada para el momento procesal oportuno. Así voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la accionada, conforme lo considerado y, en consecuencia, confirmar la resolución apelada en lo que ha sido motivo de agravios.

II.- Diferir la imposición de costas de Alzada para el momento procesal oportuno, conforme lo considerado.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti

Dra. Victoria Paula L. Boglio - Secretaria de Cámara