

NEUQUEN, 23 de Noviembre del año 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**ROMERO MARIANA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/INCIDENTE DE APELACION E/A: 100916/23**", (JNQC12 INC N° 24432/2023), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO** dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación en contra de la resolución dictada el día 23 de octubre de 2023, mediante la cual se dispuso hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la contraria.

A fs. 76/87 interpone y funda su recurso afirmando que la resolución atacada viola su derecho de defensa, los principios del debido proceso y de congruencia, el derecho de propiedad, y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Luego de transcribir parcialmente la resolución expresa sus agravios afirmando que no se han cumplido los requisitos para la procedencia de la medida ya que es inexistente la verosimilitud del derecho ya que, más allá del rechazo de la tecnología requerida, su parte no ha dejado desamparada la salud de la joven a quien le proveen de insulinas, tiras reactivas con glucómetro y sensores flash de glucosa (12 cada 6 meses) con lector.

De ese modo al tratamiento convencional le suma la cobertura de un segundo medidor de glucosa, garantizando así la vida y la salud de la menor con el tratamiento en función de lo prescripto por sus médicos tratantes.

Ello y la negativa fundada del microfusor que se pide se encuentran detallados en los informes que transcribe, emanados de los sectores pertinentes de la obra social,

señalando que con ellos demuestra que ha ejercido adecuadamente sus facultades de auditoría y control, fundando su decisión en normas nacionales y provinciales, basadas en lineamientos técnicos emanados del Ministerio de Salud de la Nación de los cuales surge que la menor no cumple con los requisitos necesarios para la cobertura de la bomba de infusión de insulina, la que a su vez, fue solicitada de modo incorrecto al ser prescripta con el nombre comercial.

Señala que tampoco reúne los requisitos establecidos en la Resolución ministerial el estado clínico de la paciente, por lo que no hay justificativo para otorgar la tecnología pretendida.

Se agravia porque entiende que la a-quo realizó una interpretación errónea y parcial de sus argumentos que pusieron de resalto que la joven no cumple con varios de los criterios necesarios para acceder a la provisión de una bomba de insulina. Destaca asimismo que esos criterios son establecidos por la normativa nacional y provincial por medio de los cuales ella realiza sus evaluaciones.

Así, afirma que en el informe con el que se dispuso el rechazo de la solicitud, se considera que la joven posee buen control metabólico con el tratamiento actual, realiza de manera independiente el control de glucemia, la aplicación de insulina y adhiere al tratamiento nutricional con conteo de hidratos de carbono, por lo que aconseja continuar con ese tratamiento. Desde entonces no se ha aportado ningún elemento justificativo para que la auditoría se aparte de esa evaluación, la que - reitera- está fundada en normativa del Ministerio de Salud de la Nación.

Reafirma que en idéntico sentido se han expedido todas las áreas pertinentes de la obra social permitiendo inferir que la joven recibe desde la fecha del diagnóstico de DBT tipo 1, toda la cobertura para el tratamiento de su

patología en tiempo y forma, por lo que no existe peligro en la demora.

Añade que la actora no ha aportado elementos que ameriten una reconsideración de su reclamo.

También cuestiona por irrisorio el plazo que la jueza le ha dado para cumplir con la cautelar.

Concluye que en todo momento actuó conforme a derecho, cumpliendo con la normativa y criterios existentes, que no justifican el otorgamiento de ese tipo de tecnología, por lo que no puede sostenerse que haya actuado de manera ilegítima o ilegal, por lo que la cautelar carece de sus requisitos mínimos, se aleja de la verdad objetiva y resulta gravemente arbitraria y abusiva.

Añade que con la cautelar se vulnera su derecho de defensa, poniéndola en una situación vulnerable al haber cumplido con su deber en todo tiempo y sin embargo, tener que dar innecesariamente explicaciones por ello.

Señala luego que la actora no probó ni la jueza fundó adecuadamente que el perjuicio alegado resulte irreparable o de difícil reparación ulterior.

Por ello considera que debe revocarse la medida, la que además se confunde con el objeto del amparo y constituye un prejuzgamiento de la cuestión de fondo.

También se queja porque la resolución afecta sus derechos de auditoría, control y propiedad, al otorgarse la medida en forma arbitraria y sin fundamentos.

Luego vuelve sobre el plazo dado por el juez de grado, señalando que el trámite para la adquisición del insumo (importado y de alto costo) resulta irrazonable, dado que desde el inicio del expediente hasta la compra y recepción de la medicación transcurren entre 3 semanas y 3 meses, por lo que le resulta imposible adquirirla en el plazo otorgado de 2 días.

Por todo ello pide se revoque la resolución recurrida.

A fs. 92/95 contesta el traslado la parte actora, pidiendo se rechace el recurso de apelación con costas.

Señala que el memorial carece de crítica concreta y razonada de la resolución, limitándose a exponer su disconformidad, con planteos erróneos que no coinciden con las constancias de autos.

En subsidio contesta los agravios pidiendo se confirme la resolución.

A fs. 61 obra dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño, quien manifiesta no tener objeciones que formular respecto de la cautelar ordenada por cuanto responde al interés superior de su defendida.

II.- Ingresando al tratamiento de los agravios, corresponde evaluar si en autos se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar, a saber: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

La parte actora solicita la provisión de un microfusor continuo de insulina con sensor, por haber sido el indicado por su médica tratante con el fin de optimizar el tratamiento.

En preta síntesis, la demandada se opone a esa solicitud señalando que de acuerdo a normativa nacional y provincial, el citado microfusor no se encuentra indicado para la joven tanto en razón de su edad como también por no cumplir con los criterios técnicos establecidos para la provisión de ese insumo, añadiendo que se encuentra brindando cobertura integral a los requerimientos que el tratamiento de salud de la joven exige desde que se le diagnosticó la enfermedad, no existiendo por tanto ni verosimilitud del derecho ni peligro en la demora.

Ahora bien, la jueza de grado ha fundado su resolución en lo dispuesto por el artículo 47 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, el cual, reconoce el interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, los cuales son garantizados por la Provincia del Neuquén.

El tratamiento de la grave enfermedad que padece la joven requiere de una multiplicidad de aplicaciones y controles, no desconocidos por la obra social demandada, al punto tal que ella misma reconoce que le provee de todos los insumos necesarios para ello.

Esas intervenciones y controles, que comprenden dietas especiales, inyecciones de insulinas, mediciones entre otras prácticas, notoriamente limitan el desarrollo de una vida normal para la adolescente, tanto en lo educativo como en lo social y deportivo, entre otras actividades, todo lo cual, vulnera su interés superior al impedir la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos; y prima-facie, sería evitado o por lo menos atenuado con la provisión del microfusor requerido.

Nada dice al respecto la recurrente, quien - reiterando argumentos de su escrito de contestación de demanda- procura apoyarse en normas o evaluaciones de carácter general, sin detenerse en el análisis del caso particular de la paciente.

La Convención sobre los derechos del Niño, en su artículo 24 reconoce "...el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.", por lo que sin perjuicio de que la postura de ambas partes deberá ser objeto de oportuna prueba, el reconocimiento de la existencia de todas esas dificultades en el desarrollo de una vida normal y

adecuada para la joven limitante del ejercicio pleno de los derechos que en forma expresa le otorga la normativa convencional, resultan suficientes en esta etapa preliminar para otorgar verosimilitud al derecho invocado por la parte actora.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que "... como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (Fallos 306:2060).

En ese examen de certeza que -para resolver la procedencia o improcedencia de una medida provisional- se circunscribe al análisis periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho objeto de reclamo, aparece verosímil que la provisión del insumo que se pide constituya una herramienta idónea para mejorar la calidad de vida de la joven paciente y evitar o disminuir el riesgo de episodios de hipoglucemia u otras manifestaciones de su enfermedad que pongan en riesgo su salud psico-física.

En cuanto al peligro en la demora, la vulneración de derechos esenciales de la joven y el riesgo que su patología importa para su integridad psico-física, ponen fuera de toda duda la necesidad de que el tratamiento se lleve delante de modo urgente y sin interrupción.

También se queja la recurrente del plazo dado por la jueza de grado, de dos días, por considerarlo exiguo y de imposible cumplimiento, argumentando que para completar el proceso de compra del insumo y su provisión la demora estimada es de tres semanas a tres meses.

Si bien entiendo que asiste razón a la recurrente en cuanto a que el plazo de dos días resulta exiguo, la pretensión de su extensión a no menos de tres semanas resulta totalmente exorbitante y su admisión importaría convalidar la propia ineficiencia de esa parte en la compra y provisión de insumos para la atención de la salud de la población a su cargo.

Resulta esperable que un ente autárquico que administra un sistema de salud cuente con instrumentos y procedimientos ágiles y eficaces para la compra y suministro de instrumental, medicamentos e insumos médicos, más cuando es dable suponer que con cierta regularidad debe cubrir urgencias o emergencias que no admiten la espera de tres semanas, ni menos aún, de tres meses, dado que de ello puede depender la vida de un paciente.

Por lo expuesto, entiendo razonable extender el plazo al total de cinco días hábiles, para que la obra social demandada cumpla con la medida cautelar dispuesta en autos.

Finalmente, las facultades de auditoría y control que tiene la obra social, y que entiendo necesarias para el correcto funcionamiento de la entidad demandada, deben ser ejercidas con prudencia y razonabilidad, sin afectar el derecho de defensa de sus afiliados.

Tal como lo ha resuelto la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, "la obra social demandada debe cubrir, en forma cautelar, la totalidad de la actividad médico-asistencial que tenga indicada un menor para paliar su discapacidad en el centro asistencial en el que se viene atendiendo...pues se verifica la verosimilitud en el derecho por estar comprometidos los derechos del niño, en especial su derecho fundamental a la salud; como así también, el peligro en la demora que aparece agudizado, dado que negar la cobertura podría influir negativamente en su estado de salud o mejora,

poniendo en peligro su integridad física y evolución” (Sala B, “D., M.I. c/ DASPU”, 31/1/2019, LL 2019-A, pág. 396).

Conforme lo dicho y como lo adelanté, la apelación debe ser rechazada.

III.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, otorgándole el plazo de cinco días hábiles para cumplir con el objeto de la medida cautelar, y confirmar el resolutorio en todo lo demás que ha sido objeto de recurso.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 69, CPCyC).

Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en el 30% de lo regulado en la instancia de grado.

La jueza Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar** la resolución dictada el día 23 de octubre de 2023 (fs. 55/57 vta.), otorgando a la accionada ISSN el plazo de cinco días hábiles para cumplir con el objeto de la medida cautelar, confirmando el resolutorio en todo lo demás que ha sido objeto de recurso.

II.- Imponer las costas de alzada a la demandada (conf. art. 69, CPCyC).-

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO Juez

Dra. VALERIA JEZIOR Secretaria