



NEUQUEN, 12 de diciembre de 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados:  
**"ELIAS DANIEL ROBERTO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"**, (JNQCII EXP N° 100284/2018), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

**I.-** La demandada presenta memorial a fs. 322/330 fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 26/06/2019; pide se revoque con costas a la contraria.

Sostiene que el pronunciamiento es incongruente, arbitrario e irrazonable; que la equivocada aplicación del derecho violenta gravemente la defensa en juicio, el principio de congruencia, la tutela judicial efectiva, contraría la realidad, a la verdad jurídica objetiva y el debido proceso legal, así como sus facultades de control y auditoria de las prestaciones que le han otorgado los afiliados; que las pruebas ofrecidas en los escritos de inicio de cada parte se destinaron a acreditar lo manifestado en relación al tratamiento de rehabilitación integral a realizarse en el Instituto María de la Paz entre el 31 de enero de 2019 y el 08 de febrero del mismo año; que se hace lugar a lo peticionado al denunciar un hecho nuevo en la acción, alterando la pretensión, por otro tratamiento en distinta fecha al que dio origen el presente amparo, quien omitió impulsar el proceso



de acuerdo a las normas que lo rigen; que se consiente la actitud maliciosa de la parte actora, al modificar la pretensión en este estadio, convirtiendo el proceso en un devenir de ampliaciones de medidas cautelares.

Que a través de la ampliación de la medida cautelar otorgada se intenta una modificación anticipada de la situación jurídica que es materia de proceso, y que es idéntica a la de la acción de fondo; que la medida peticionada es de carácter restrictivo porque se confunda con la pretensión de fondo, por lo que debió resolverse en oportunidad de dictar sentencia, para resguardar el derecho de defensa; que independientemente que su parte no ha objetado la patología del menor, resulta incongruente, arbitrario e infundado considera que solo de la documental acompañada por la contraria se han configurado los requisitos para su procedencia, más aún cuando aquí no se han tomado los recaudos de fundar; que se omite en forma grave e injustificada indicar de qué manera la obra social ha vulnerado los derechos del menor, cuando se le ha otorgado la cobertura del tratamiento de rehabilitación integral, la cobertura de maestra de apoyo (por sentencia) y demás prestaciones peticionada por su médicos tratantes; que no surge de la documental la existencia de un peligro inminente o un riesgo cierto para la continuación del tratamiento ni se detalla la existencia de un riesgo actual que justifique el adelantamiento de la tutela judicial, considerando el breve y acotado tramite previsto para el amparo, que a más de 6 meses de haberse interpuesto no se ha abierto



a prueba, ni ha sido impulsado por el actor; que se están cuestionando reintegros dinerarios y no la cobertura, cuando se le ha aprobado todas las sesiones de rehabilitación que requiere, independientemente de donde las realice, si en Neuquén o en La Rioja; que ha cumplido con las prestaciones dentro de la normativa del ISSN en concordancia con la nacional; que la modificación de la demanda a esta altura del proceso resulta infunda, por haberse realizado fuera del plazo previsto en el art. 331 del CPCC.

En segundo punto critica que se haya vulnerado el derecho de defensa y debido proceso, consintiendo la omisión del actor de presentar previamente el reclamo ante la obra social a fin de resguardar las facultades de auditoría y control que detenta su parte, para autorizar o denegar; que la Unidad Ejecutiva de Discapacidad ha señalado que el tratamiento propuesto fue evaluado y no se encuentra justificación al valor presentado en el presupuesto del centro prestador, que se trata de una técnica no de un método, existiendo profesionales en Neuquén Capital que la utilizan percibiendo lo que dicta el nomenclador nacional; que si bien no hay objeciones respecto al centro solicitado, no deben cubrirse gastos generados por el traslado a la ciudad de La Rioja; que se solicitaron informes de evolución, sin que hayan sido recibidas, tampoco constan informes técnicos objetivos para evaluar los grandes avances que refiere la Dra. Bestad, considerando que aparte el niño se encuentra con cobertura de un tratamiento de 10 hs semanales en Neuquén Capital y con



maestro de apoyo de la obra social; que la Nación como el ISSN aplican el sistema de módulos para abonar las prestaciones de discapacidad, lo cual ha sido desconocido gravemente en la condena a abonar el tratamiento de rehabilitación al 100% de lo que factura el "Instituto María de la Paz" de La Rioja, así como los gastos del menor y su familia, sin delimitar cuales corresponderían indefinidamente; que el sentenciante ha vislumbrado total desconocimiento de la normativa nacional en materia de Discapacidad, sin haberse demostrado la supuesta vulnerabilidad, porque no se ha rechazado cobertura alguna; que se ha avasallado la administración de los recursos de la obra social en materia de reintegro, recordando que su normativa establece que los pagos directos se realizan a los prestadores que han celebrado convenios con ésta; que luego se abonan los reintegros que solicitan los afiliados que por libre elección se atienden con profesionales no prestadores, dado que debe ejercer las facultades de auditoría y control de la documentación fiscal que presentan; que el auditor ha expuesto que ha solicitado en reiteradas veces a los progenitores informe de evolución, y los acompañados no demostraron la supuesta mayor jerarquía y excelencia del Instituto de La Paz ni la imposibilidad de afrontar el costo total del tratamiento, la estadía y hospedaje cuando ello fue de su propia elección; que de acuerdo al nomenclador nacional Res. 04/2019 por 43 sesiones de rehabilitación arroja un total de \$25.155, menor a los \$79.500 del instituto elegido; que los módulos se encuentran ampliamente diferenciados en



la Res. N°428/99 del Min. De Salud de la Nación, obligándosela a abonar un costo real incierto, indeterminado y violentado ampliamente los derechos mencionados, y a su respecto su parte ha otorgado la cobertura solicitada por el actor mediante las disposiciones que ha dictado a esos efectos homologadas al Nomenclador Nacional.

Finalmente plantea que se ha violentado el derecho de defensa de su parte, el principio de bilateralidad, provocando una afectación negativa de la garantía del debido proceso legal, exponiéndosela a otorgar la cobertura sin tener la posibilidad de que sea revisada por el momento del año que es planteada; pide ser evoque la resolución apelada y formula reserva de la cuestión federal.

**II.-** Sustanciado el memorial (fs. 331-02.07.2019), responden los progenitores del niño a fs. 322/337; sostienen la adecuación del pronunciamiento a los antecedentes de la causa y derecho que le asiste, destacando que es la Lic. Riquelme quien lo trata al hijo en Neuquén, dirigida por la Lic. Gabriela Sánchez, en el método PROMPT, y es esta última quien lo atiende en forma personal e intensiva cuando asiste a la ciudad de La Rioja; piden se rechace el recurso, con costas.

**III.-** En el caso, la jueza de primera instancia dicta una medida innovativa para disponer que la obra social otorgue la cobertura al 100% del tratamiento intensivo PROMPT que debe realizarse al niño A.E.E.C. en el Instituto María de la Paz de la Provincia de La Rioja, con sus gastos, inclusive los de sus padres, de acuerdo a



lo que decidiera con fecha 14.12.2018 y lo resuelto por esta Cámara el 30.05.2019, sin que se haya cuestionado la discapacidad que aqueja el niño, la necesidad del tratamiento y la obligación a cargo de la demandada.

La decisión tiene como antecedente el pedido que formulan los progenitores a fs. 298/304, con sustento en el diagnóstico de trastorno de lenguaje asociado al de conducta y aprendizaje por el que se encuentra bajo tratamiento multidisciplinario con grandes avances desde el inicio de la terapia PROMPT, conforme prescripción efectuada por la Neuróloga Infantil tratante, para continuarlo entre los días 8 y 17 de julio del corriente año, adjuntando a tal fin la documental donde se registra dentro del "programa y Presupuesto del Tratamiento de Invierno" la totalidad de las áreas de la entidad involucradas en terapias, sesiones y test, además de taller para los padres, indicaciones para el hogar y seguimiento del mismo.

**A.-** Vale citar que en el presente se reedita un pedido de revisión de los alcances que la obra social le había asignado a la inicial autorización de reintegro del costo del tratamiento por Disposición N° 2528/17 en función de un nomenclador propio (Resolución N° 664/17) que no cubría todos los costos y gastos generados por la estadía en la ciudad de La Rioja entre el 31 de enero y 08 de febrero de 2019, por el que esta Sala III se pronunció el 30.05.2019 confirmando la resolución de primera instancia del 14.12.2018 por la que la cobertura debía ser total (100%), y a su respecto aquel análisis y conclusión abarcan y dan



respuesta de manera suficiente los aspectos centrales de los agravios aquí introducidos, cuando se sostuvo:

"... debemos sopesar que en caso concreto se encuentra en juego el Derecho a la Salud de jerarquía constitucional, reconocido en los Pactos Internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto no resulta irrazonable que, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, se ordene al Instituto de Seguridad de Neuquén, que solvete los gastos que se originen con motivo del tratamiento que debe llevar a cabo el niño, ello más allá de que el objeto de la medida cautelar innovativa guarde identidad con la cuestión de fondo a resolver.

"Ahora bien, no obstante la prueba que deberá producirse para el dictado del pronunciamiento definitivo -lo cierto es que el amparista ha indicado el motivo por el cual es necesario que el niño concurra a la Provincia de la Rioja- único lugar en donde se puede realizar el tratamiento intensivo "PROGRAMA INTENSIVO PROMPT".

"Dicho tratamiento es brindado por la Licenciada María Gabriela Sánchez, quién como supervisora del mismo es la única capacitada y habilitada por el Instituto Prompt, para llevar adelante el tratamiento intensivo que necesita A., ya que dirige a la fonoaudióloga Griselda Riquelme de esta provincia, en lo atinente a este tratamiento, dándole el plan de trabajo semestral.

"Dentro del marco expuesto, y estando en juego nada más ni nada menos que el desarrollo verbal del niño -trastorno específico del lenguaje



tipo expresivo-, teniendo en miras la posibilidad de que desde una temprana edad pueda insertarse e integrarse con mayor facilidad a la vida social, y sin desconocer la naturaleza excepcional de la tutela anticipatoria, entiendo que, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor y la consiguiente entidad de los derechos a tutelar, son los que determinan que la protección solicitada deba ser acordada y, por lo tanto, deba primar -a diferencias de otros casos- una interpretación tuitiva en el análisis de los recaudos de procedencia de la medida.

"... Por ello y, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva al emitir el pronunciamiento de fondo, lo cierto es que la medida cautelar innovativa dictada por la jueza de grado, ha tenido por finalidad asegurar al niño la realización del tratamiento intensivo PROMPT, en el Instituto María de la Paz en la Provincia de la Rioja, determina que el recurso deba ser desestimado.

"... Por otra parte, si bien es cierto que es la Obra Social Provincial quien titulariza un derecho a efectuar auditorías y controles sobre las prácticas médicas, conforme lo ha sostenido esta Cámara de Apelaciones en autos: "LELCO OSCAR EDUARDO Y OTRO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO" (JNQJE3 EXP 100231/2018-SALA I): "...su discrecionalidad se encuentra supeditada a un ejercicio razonable y no arbitrario: y la arbitrariedad en este caso consistiría en no acordar la protección constitucionalmente debida".





“En el presente caso, la protección constitucionalmente debida, consiste en que el ISSN, procure de manera directa la cobertura en un 100% del tratamiento Intensivo PROMPT que debe realizar el niño A. en el Instituto María de la Paz, situado en la Provincia de La Rioja, desde el 31 de enero hasta el 8 de febrero inclusive del año 2019.-...”.

**B.-** A su vez, el planteo de haberse eximido del control o auditoría reglamentados y de ello, la configuración de discriminación para los restantes afiliados, en función de no contar con una derivación de un médico tratante local, aún cuando se acredita que en esta ciudad se concreta su seguimiento con una profesional en la especialidad, tampoco constituye en el caso un obstáculo para brindar la cobertura en la forma solicitada, en punto a que las prescripciones fueron acompañadas, el método para el niño fue avalado antes y no se advierte conveniente alterar la modalidad del abordaje cuando se ha indicado la existencia de “avances”, y en contrario, un cambio en esta etapa podría representar un retroceso.

Lo anterior menos importará admitir que los progenitores queden eximidos de aportar la información sobre los tratamientos y resultados en forma documentada, por estar ello incluido como concepto del “Presupuesto de Tratamiento de Invierno” por la suma de \$79.500 para el “1) PROMPT”: Evaluación, Sugerencias de interconsulta, Comunicación y/o coordinación la fonoaudióloga y/o equipo de la ciudad o país donde reside el niño, e Indicaciones para el hogar; para “2) Integración Sensorial”: Evaluación, Plan de



Tratamiento e Indicaciones para el hogar y seguimiento del mismo”, igual para “3)Neurokinesiología”, y las Sesiones de tratamiento estipulan Baterías de Test.-(fs. 300)

**C.-** Finalmente, considero que el caso resulta alcanzado por la reciente doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén por Acuerdo N° 1 del 18 de febrero de 2019, en la causa “CARRERA, DANIELA Y OTRO c/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expediente JNQC13 N° 377946 - Año 2008 - Sala Civil, en la que revocó lo decidido por la Sala II de esta Cámara de Apelaciones que había establecido que “los precios fijados por el Ministerio de Salud de la Nación para las prestaciones determinadas por resolución n° 428/1999, ... actuarán como topes para el reintegro comprometido por la demandada”, poniendo un límite al monto a cancelar por las prestaciones brindadas a una adolescente de 15 años de edad con discapacidad por una entidad que no tenía contrato o acuerdo con la obra social, al valor fijado en el nomenclador nacional.

En dicha ocasión el Máximo Tribunal provincial consideró el marco jurídico involucrado, con cita del compromiso internacional asumido por la República Argentina como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención de Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), el art. 50 de la Constitución provincial, la Ley 24.901 que instituye el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de



las Personas con Discapacidad, la Ley Provincial N° 2644 -adhirió a la Ley 24901- que en su artículo 2 incluye al Instituto de Seguridad Social de Neuquén entre los entes necesarios para la implementación de la adhesión (junto al JUCAID, Ministerio de Salud y Seguridad Social y el Ministerio de Gobierno, Educación y Cultura), reglamentada por el Decreto N° 0726/12, determinó que "... cada Ministerio, organismo provincial y la Obra Social provincial, deberán otorgar las prestaciones que le correspondan en el marco de sus respectivas competencias delimitadas por la Ley 2798, Ley 611 y demás legislación vigente ..." (art. 2), y que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (Fallos 327:2127 "Martín"; 327:2413 "Lifschitz"), que el sistema de protección integral de las personas con discapacidad tiene como objetivo conceder a quienes se encuentran en esa condición, franquicias y estímulos que le permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (Fallos 313:579) y que es obligación de todas las prestadoras de salud hacer su máximo esfuerzo por satisfacer el derecho a la salud de los niños con discapacidad, por lo cual a la demandada no le resulta ajena la obligación de brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de su discapacidad (Fallos: 331:1449 "Segarra").

Luego detalló el proceso de análisis que debe seguirse en estos casos:

*"b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición*



*jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.*

*c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.*

*Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que tendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."*

Y concretó:

*"Cabe alertar acerca de que el cumplimiento de la manda constitucional-convencional, no se agota con la simple invocación de que se ha tenido en cuenta "el interés superior", sino que éste debe ser objeto de concreta y explícita evaluación y determinación, sopesando los diversos intereses en*



*juego, conforme el procedimiento establecido en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, p. V) Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño.*

*Es así, por cuanto el interés superior del niño es un concepto dinámico, que abarca diversos temas en constante evolución.*

*Ha sido definido como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos" (Art.3 de la Ley 26.061 y 4 de la Ley 2.302).*

*El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (conf. Observación General N° 5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).*

*Y su "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (cfr. Observación General N° 14 Comité de Derechos del Niño IV, 4.)*

*Luego, la interpretación de las normas aplicables para resolver el caso debe ser la que satisfaga de manera más efectiva aquel interés superior del niño en concreto. (Punto I.A. 6 b) Observación General N° 14 Comité de Derechos del Niño).*

*Además, en la fundamentación del resolutorio debe explicitarse cómo la decisión adoptada es la que mejor garantiza el interés superior del niño. (Punto I.A.6 c) Observación General N° 14 Comité de Derechos del Niño).*

*En el caso, la sentencia recurrida no cumple con la exigencia de tener en*



*consideración primordial el interés superior de la adolescente C.L. a la hora de resolver sobre sus derechos.*

*Cabe ponderar, además, la relevancia de los derechos involucrados (salud, educación, inclusión social, tutela judicial efectiva) y la especial protección que el ordenamiento convencional y constitucional asigna a la adolescencia...”.*

**D.-**Finalmente, en orden a lo analizado, la consideración del derecho constitucional del interés superior del niño (art. 3 de la C.I.D.N. y en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño) y la calidad de la persona que el caso titulariza el derecho a la salud y educación aquí comprometidos, a quien se le debe especial protección por ser niño y con discapacidad (cfr. Conv. Der.de las Personas con Discapacidad -art. 6 y 7-, Convención de Derechos del Niño, Observación General N° 9 CDN “Los Derechos de los Niños con Discapacidad”), y en punto a la tarea de ponderación exigida, a la que no será ajena la dinámica que en caso representa en la evolución del tratamiento aquellas prestaciones que en forma intensiva se aplican en dos momentos del año, cuando en contrario se pondría en riesgo sus resultados, desde que la valoración de la prueba con la provisoriedad autorizada en la materia, indica que una evolución en la perspectiva de salud y educación de aquel, es que propiciaré al acuerdo que se confirme la resolución de grado en todo lo que fe materia de agravios.



**IV.-** Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo rechazar la apelación de la demandada y confirmar la sentencia en todo lo que fue materia de agravios; asimismo, y en función de lo analizado en el punto III-B.-, se deberá requerir a los progenitores del niño a que en el plazo que la Jueza de primera instancia estipule, adjunten la información allí referida respecto a los tratamientos y sus resultados de manera documentada.

**V.-** Atento a la forma en cómo se decide, las costas de Alzada se imponen a cargo de la demandada (arts. 68 y 69 del CPCC).

**VI.-** Regular provisoriamente los honorarios de los letrados intervinientes por la parte actora y demandada en 3 ius y 2 ius respectivamente, sujetos a acrecer conforme el pronunciamiento definitivo que se dicte (arts. 9, 15, 35, s.s. y c.c. L.A. vigente).

**El Dr. Ghisini, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Confirmar la resolución dictada a fs. 320/321 en todo lo que fue materia de agravios.

**2.-** En función de lo analizado en el punto III-B.-, se deberá requerir a los progenitores del niño a que en el plazo que la Jueza de primera instancia estipule, adjunten la información allí referida respecto a los



tratamientos y sus resultados de manera documentada.

**3.-** Imponer las costas de Alzada se imponen a cargo de la demandada, atento a la forma en cómo se decide (arts. 68 y 69 del CPCC).

**4.-** Regular provisoriamente los honorarios de los letrados intervinientes por la parte actora y demandada en 3 ius y 2 ius respectivamente, sujetos a acrecer conforme el pronunciamiento definitivo que se dicte (arts.9, 15, 35, s.s. y c.c. L.A. vigente).

**5.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**

**Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**