

NEUQUEN, 20 de diciembre de 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**MAGARIO CARLOS SANTIAGO C/ I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO**", (JNQFA4 EXP N° 100487/2020), 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 sentencia dictada el día 20 de octubre de 2023, mediante la cual se dispuso hacer lugar a la acción.

En su memorial de fs. 216/227 (presentación web 585122) manifiesta que la sentencia es arbitraria y lesiona garantías constitucionales no ajustándose a lo prescripto por el art. 386 del C.P.C. y C. y tornándose incongruente e irrazonable.

Afirma que la sentencia 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, lesionando también sus facultades discrecionales de control y de auditoría que tiene a su cargo.

Luego de transcribir parcialmente la sentencia expresa sus agravios afirmando en primer término que carece de fundamentos y no hay razones para resultar condenada, reiterando que ello viola la garantía del debido proceso y su derecho de defensa.

Señala que es infundada la conclusión de la jueza de grado por cuanto su parte no ha incurrido en ninguna afectación o amenaza de derechos o garantías constitucionales o convencionales.

Han reconocido la patología del actor beneficiario pero ello no lo hace acreedor de una marca específica de audífonos que excede los topes máximos establecidos por la normativa de ISSN para el otorgamiento de la prestación.

Añade que no está acreditado que deba cubrir un audífono de marca comercial específica, y menos aún cuando se le autorizó la cobertura de ambos audífonos en los términos de su normativa, pudiendo el afiliado, si lo desea, abonar la diferencia en hasta 12 cuotas.

Considera que la jueza ha omitido ponderar el informe pericial de la Dra. Gardes, especialista en otorrinolaringología, lo cual implica un perjuicio para su parte y contradice los principios de la lógica formal, ausentes en la sentencia de grado.

Ante ello se permite hacer una síntesis de lo que entiende son los puntos relevantes del informe de la perito Gardes, quien señala que entre las diferentes marcas de audífonos, todos con las mismas propiedades, características y cualidades, no hay diferencias significativas, sino solo de accesorios y estéticas, no siendo sugerible una marca en particular.

De allí colige que la jueza formó su convicción partiendo de una selección arbitraria de pruebas, tornando a su vez en arbitraria la sentencia.

También lo es, continúa, por cuanto la fonoaudióloga Laura Ibáñez no se presentó a audiencia testimonial, contándose solo con su informe, al cual la jueza le atribuyó un valor excesivo.

Refiere que no consta que el actor haya probado otros audífonos con su médico y fonoaudióloga tratantes, pese a que su parte lo ofreció.



Agrega que en uso de sus facultades de auditoría y control, emite normas para la regulación de las prestaciones y la financiación, en un procedimiento que demuestre costo efectividad para brindar a sus afiliados una mejor calidad de vida, siempre conforme a sus posibilidades financieras y procurando alcanzar la mejor prestación a todos sus afiliados.

Por ello, si el afiliado desea adquirir de manera voluntaria un audífono de marca determinada, puede hacerlo, pero ello no obliga a la obra social a dar una cobertura que excede los valores establecidos en la normativa interna y nacional al respecto. Por ello la resolución apelada vulnera gravemente su derecho de propiedad y facultades de auditoría y control.

Reitera que no se encuentra justificada médicamente la marca específica requerida y no han cumplido con los requisitos administrativos de presentar tres presupuestos a fin de su revisión.

Afirma que la obra social le da al accionante todas las prestaciones de manera integral, sin que en ningún momento se lo haya desamparado en la atención de su salud, pero en éste caso puntual no le otorga el audífono reclamado, sino que le otorga uno sin marca específica y conforme a su normativa. Sin embargo la jueza de grado hace lugar a la acción sin que se encuentre acreditada médicamente la razón por la que se le prescriben determinados audífonos de una determinada marca, pese a que puede acceder a los que provee la obra social, que cumplen con las indicaciones prescriptas, pero de otras marcas. Por ello no puede concluirse que exista un acto lesivo de su parte.

Afirma que ha obrado siempre conforme a derecho por lo que resulta arbitrario obligarla a dar una cobertura sin límites y topes, cuando no ha vulnerado derechos del accionante.

En segundo término afirma que se lesiona el principio de congruencia al resolverse sin considerarse todos

sus argumentos y en base a citas inapropiadas y autocontradictorias.

Señala que su rechazo no solo ha sido porque se exceden los topes, dado que han expresado una pluralidad de argumentos para responder a las peticiones del accionante. Eso solo puede sostenerse con una lectura sesgada de sus argumentos.

Por ello afirma que la renuencia de la jueza a pronunciarse en forma aislada sobre cada uno de sus argumentos constituye una violación al principio de congruencia.

Sostiene que la Observación General N° 14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas alude a una efectivización de derechos sujeta a las posibilidades financieras del estado y si bien se reconoce su progresividad, también lo hace respecto de los recursos limitados disponibles.

Lo mismo ocurre con la cita que la jueza realizó del caso "Poblete Vilches vs. Chile de la Corte IDH" y de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, mediante la cual pretende justificar que la ausencia de fondos no es razón procedente para denegar la cobertura.

Concluye así que las citas de la jueza de grado son impertinentes, y de sentido ambiguo y ambivalente.

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

En la sentencia, la jueza omite señalar cuál es el acto lesivo pese a que le ha otorgado cobertura asistencial aunque la misma no parezca suficiente, sin ponderar tampoco las alternativas ofrecidas por su parte, cercenando sus derechos y afectando sus facultades de control y auditoría. A su vez ratifica que su parte ha obrado dentro de sus facultades y el marco de la ley, otorgando las prestaciones requeridas en tiempo

y forma, por lo que pide se haga lugar a su recurso de apelación y se revoque la sentencia.

Mantiene la cuestión federal y peticiona.

A fs231/235 (presentación web 500260) contesta el traslado la parte actora, pidiendo se rechace el recurso de apelación con costas.

Luego de hacer una síntesis de los antecedentes de la causa, señala que el memorial carece de fundamentación jurídica, constituyendo una mera enumeración de los aspectos de los cuales pretende agravarse, pero sin desarrollar ni explicar de que modo se afectan los derechos que dice le son vulnerados.

En subsidio contesta los agravios pidiendo se confirme la resolución.

A fs. 238 el Ministerio Público Fiscal ratifica lo dictaminado a fs. 206/210 vta., dónde propiciaba se hiciera lugar a la acción de amparo.

II.- Conforme lo señalan Arazi y Rojas, "El principio de congruencia no exige el análisis de cada uno de los argumentos propuestos por los litigantes, sino que únicamente el juez se encuentra obligado a pronunciarse sobre los puntos propuestos por ellos que sean pertinentes a la adecuada solución del litigio, ya que la omisión del tratamiento de las cuestiones esenciales, expresa y oportunamente planteadas, afecta la garantía de defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional." (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, pág. 167, Rubinzal Culzoni Editores), por lo que solamente abordaremos el tratamiento de los agravios que resulten conducentes para la resolución de la materia traída en apelación.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378, establece en su artículo 25: "Salud. 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: ... 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;...”

Y en su artículo 26 dispone: “Habilitación y rehabilitación. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: 1. Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.”

En mérito a dichas normas, de meridiana claridad, el accionante, en su carácter de persona con discapacidad, tiene el derecho constitucional a gozar del más alto nivel posible de

salud, a recibir una rehabilitación y servicios de salud idóneos para la afección que padezca, tendiente a lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

Ahora bien, conforme ha quedado acreditado en autos, el Sr. Magario requiere para alcanzar la adecuada satisfacción de su derecho, la provisión de un audífono digital marca Widex de 15 canales-2 power potenciado de alta frecuencia con reducción de ruido para el oído derecho, tal como surge de la prescripción del Dr. Caldentey de fs., 4/5 y de la Lic. Laura Ibáñez de fs. 6.

Esa prescripción se funda, tal como lo sugiere la fonoaudióloga, en las características tecnológicas del dispositivo, pues le brinda mayor claridad auditiva en distintos ambientes.

Frente a ello, la accionada pretende aplicar su norma de reconocimiento y cobertura de audífonos, que establece un valor tope para la cobertura de audífonos para afiliados de ISSN, que cuenten con certificado CUD, de \$ 85.000,-.

En su misiva de respuesta al reclamo formal del afiliado, la obra social argumenta que no se aceptan solicitudes de audífonos con marca comercial o del fabricante, requiriéndole información ampliatoria de los motivos médicos del rechazo.

Por entonces el valor del audífono prescripto por el médico tratante ascendía al valor de \$ 158.000,- (cfr. Presupuesto de fs. 12 del 10 de marzo de 2020).

Luego, en la audiencia conciliatoria celebrada el día 8 de octubre de 2020, la demandada manifiesta que aumentó aquel valor tope a la suma total de \$ 121.550,- y que posee proveedores específicos dónde poder adquirirlos, pero no cubren

una marca específica, no encontrando su auditoría fundamentos médicos para la utilización de la marca prescripta.

Le ofrecen como alternativa la cobertura del valor tope y la diferencia a pagar por el afiliado como coseguro, financiado en cuotas.

El afiliado aclaró entonces que el otorrinolaringólogo no le prescribió una marca determinada, y que la misma surgió a partir de las pruebas realizadas con la fonoaudióloga, donde el de la marca solicitada era el que mejor audición le brindaba.

Ahora bien, la recurrente pretende ampararse en su normativa interna, sus resoluciones mediante las cuales establecen un valor tope para la cobertura, valor que, si bien ha sido objeto de actualizaciones periódicas, no alcanzan a cubrir el valor total del dispositivo que -en este caso- requiere el afiliado para lograr un nivel de audición que le permita desarrollar su vida con adecuada calidad.

Sin desconocer que una obra social posee recursos finitos y se basa en un principio de solidaridad que colapsaría si cada afiliado tuviera el derecho a cualquier prestación, lo cual justifica en principio el establecimiento de normas internas que regulen el modo en que tales prestaciones habrán de ser brindadas y fijen topes que les faciliten la gestión y administración de aquellos recursos, lo cierto es que ese principio debe ser operado con flexibilidad y prudencia, a fin de evitar colisionar con las normas de rango supremo, como las que resultan de aplicación en autos en atención a la condición de discapacidad auditiva que afecta al accionante.

Entiendo que una correcta hermenéutica importa admitir la existencia de excepciones a la hora de proteger el acceso a los más altos estándares de salud de aquellas personas

especialmente vulnerables como lo son las personas con sus capacidades restringidas.

Así, resulta comprensible el establecimiento de topes para aquellas prestaciones que son estándares, pero pierden toda razonabilidad cuando su aplicación afecta el derecho a la vida digna y a la salud de una persona con discapacidad.

Es por eso que considero que la conducta de la parte demandada recurrente incurre en ilegalidad manifiesta al pretender aplicar una norma de carácter inferior que entra en colisión con expresa normativa convencional y constitucional, restringiendo y lesionando el derecho del afiliado a los estándares de salud que le permitan desarrollar su vida con dignidad.

No escapa a ésta consideración, la situación planteada relacionada con la solicitud de la provisión del dispositivo de una marca determinada, lo cual -prima facie- contradice la normativa establecida por la accionada, pero advertimos que a esa solicitud de arriba luego de un proceso complejo que incluye diversas pruebas.

De ello da cuenta el informe del Comité de Biotecnología agregado a fs. 92/95 al señalar "El equipamiento con audífonos no presenta mayores riesgos para la salud, pero si existe un elevado porcentaje de pacientes que no adhieren a su uso. A tal fin se realiza la selección entre distintos modelos y marcas, intentando identificar aquel que mejor se adapte a las necesidades del paciente."; y más adelante señala "Dado que la modalidad de trabajo por la cual se indica un audífono y la selección del tipo y marca para cada paciente dependen del equipo de trabajo conformado por el especialista en Otorrinolaringología y el Fonoaudiólogo, donde el primero indica las pruebas y el segundo realiza las pruebas y evalúa en el

paciente, ambos podrían verse indebidamente influidos por el conflicto de intereses con los proveedores de estos equipos.”

Entiendo que en autos se ha llevado a cabo el proceso señalado, cumpliéndose con los pasos que el mismo determina, para arribarse a la conclusión de que el que mejor se ajusta a las necesidades del afiliado es el que ha sido objeto de la acción. Por otra parte, no surge de las actuaciones elemento alguno que permita siquiera una mínima sospecha de la existencia de un conflicto de intereses entre los profesionales que asisten al afiliado y los proveedores del equipo requerido; ni tampoco surge por parte de la demandada del ofrecimiento concreto de un dispositivo de idénticas características técnicas que el que fuera solicitado, pero de otra marca.

Todo ello me lleva a concluir que, en éste caso, se encuentra debidamente justificada la solicitud del dispositivo de una marca determinada en resguardo del derecho a la salud del afiliado.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación de la demandada y confirmar la sentencia de grado en cuanto hace lugar a la acción de amparo en todas sus partes, con costas a la accionada vencida, y regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en el 30 % de los emolumentos que correspondan por su actuación en igual carácter 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.- **Confirmar** la sentencia de grado dictada el día 20 de octubre de 2023 (fs. 221/215)



II.- Imponer las costas a la accionada vencida (art. 68, CPCyC).-

III.- Regular los honorarios ante la Alzada en el monto equivalente al 30% de los correspondientes a la primera instancia (art. 15 del arancel para abogados).-

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

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

VALERIA JEZIOR
Secretaria