



NEUQUEN, 28 de agosto de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SOMMER FEDERICO AUGUSTO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: "SOMMER F.A. C/ ISSN S/ AMPARO EXPTE. N° 1001176/18"** (OPANQ1 INC N° 8065/2018), venidos a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando **GHSINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini, dijo:**

I. A fs. 121 vta./125 vta., obran los agravios de la accionada respecto a la decisión que le ordenara cautelarmente al Instituto de Seguridad Social del Neuquén, que reconozca al afiliado G.A.S. -sin aplicar sistema de cobertura por módulos, nomencladores ítems de ISSN- la totalidad de las prestaciones que mensualmente se realizan conforme los valores establecidos por el "Arancel del Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad" (Resolución 2133-E/2017), con cobertura del 100% del tratamiento de rehabilitación por profesionales no prestadores conforme fue aprobado por Disposición N° 209/18 del ISSN (24 sesiones semanales de psicología domiciliaria y psicopedagogía conductual), hasta que en las presentes actuaciones se dicte sentencia definitiva.

Expresa, que tratándose de una medida cuyo objeto se confunde con la pretensión de fondo, su otorgamiento debe ser restrictivo, por lo que considera que dicha pretensión sea resuelta en oportunidad de dictar sentencia definitiva.

Indica, que su mandante ha cumplido con la manda legal nacional, y que ello se encuentra acreditado ampliamente en el presente.



Entiende, que se ha vulnerado el derecho de propiedad de su mandante al condenar a la Obra Social a abonar el tratamiento a valores de prestación de apoyo, cuando la normativa nacional indica que se debe encuadrar en módulo integral intensivo, tal como lo realizó la demandada.

Dice, que no corresponde que el ISSN deba abonar los presupuestos totales de cada uno de los profesionales que realizan el tratamiento del menor, cuando estos han sido facturados erróneamente, omitiendo aplicar la norma nacional.

Advierte, que la resolución supedita a que la obra social en un futuro deba cumplir con una obligación sin límites ni topes, en el cual la contraria pueda presentar presupuestos a valores exorbitantes, eliminando la posibilidad de auditarlos u objetivarlos.

Aduce, que aquí se esta cuestionando reintegros, y no cobertura dado que su mandante le ha aprobado todas las sesiones de rehabilitación que requiere el menor, independientemente de donde las realice (San Martín de los Andes, Buenos Aires, Santa Fe).

Sostiene, que no se acredita la existencia de un riesgo cierto de que pueda verse interrumpido el tratamiento que actualmente esta siguiendo el menor, por lo que tal criterio excepcional no resulta aplicable al caso.

Subraya que la decisión lesiona el derecho de auditoría, de control y de propiedad de la obra social. Menciona, que tanto nación como ISSN ha homologado los valores de sus prestaciones de discapacidad a los del nomenclador nacional del Ministerio de Salud de la Nación, por lo que sus afiliados pueden acceder a estas prestaciones en cualquier lugar del país.

En virtud de ello, tanto nación como ISSN, aplican el sistema de módulos para abonar las prestaciones de



discapacidad, lo cual ha sido gravemente desconocido por el a quo. Menciona, que superada las seis horas reloj de tratamiento semanal, se debe estar a los demás módulos, en este caso a "Módulo Integral Intensivo" (Resolución N° 428/99), según corresponda y surja de la evaluación que realice la correspondiente auditoria de la Unidad de Discapacidad del ISSN, dado que aquí estamos ante un tratamiento de 24 sesiones semanales.

Critica, que la resolución apelada condene abonar presupuestos que han sido facturados erróneamente, legitimando un enriquecimiento ilícito a los profesionales que lo han realizado.

Afirma, que el ISSN, ha otorgado la cobertura peticionada por el actor mediante la Disposición N° 209/2018 vigente a la fecha, homologándose el ítem 25.04.34 al módulo integral intensivo del nacional.

Reitera, que los prestadores han presupuestado erróneamente sus honorarios, lo cual sucede en muchos casos, lo que ha dado lugar a la homologación de los valores del ISSN a los de la Nación.

Indica, que el fallo atacado está consintiendo que se abonen todas las prestaciones a valor de la prestación de apoyo cuando la propia normativa nacional expresa que esto no corresponde cuando las mismas superan el límite de 6 horas semanales y aquí se ha superado (24 semanales).

Advierte, que tal como se ha ordenado en la resolución supedita a que la obra social en un futuro deba cumplir con una obligación sin límites ni topes, en el cual la contraria pueda presentar presupuestos de valores exorbitantes, eliminando la posibilidad de auditarlos u objetarlos.



Por último, se agravia pues entiende que se lesiona su derecho de defensa atento que fue condenado sin previa sustanciación del proceso y ello le ha impedido ofrecer el descargo pertinente.

Sostiene que el principio de bilateralidad fue violado al hacer lugar a una medida que se confunde con el objeto del proceso, más aún cuando no se determina límite temporal a la cobertura ordenada.

A fs. 134/139 contesta los agravios la parte actora, solicitando se confirme la resolución atacada.

La Defensora de los Derechos del Niño propicia la confirmación de la resolución atacada, destacando que el niño titular del derecho es un sujeto en condiciones de vulnerabilidad que se encuentra amparado por la Convención de los Derechos del Niño y de Personas con Discapacidad que dispone la atención para niños con discapacidad, con carácter integral.

II. Ingresando en el análisis de los agravios en primer término, es posible puntualizar que se encuentra reconocido que el niño G.A.S. padece una discapacidad, la cual la JUCAID describe en los siguientes términos: **"Ceguera de ambos ojos. Otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje. Trastorno del desarrollo psicológico"**.

En función de la discapacidad descripta en el certificado emitido por JUCAID, es posible afirmar, dentro del marco del examen de la verosimilitud del derecho invocado que, a raíz de esa condición, el niño G.A.S., requiere que se le brinde una prestación integral y total, a fin de que sea asistido en un 100% tanto en las practicas médicas como en las prestaciones terapéuticas por las sesiones de Psicología y Psicopedagogía, a fin de brindar el apoyo necesario para su desarrollo.



Como se acredita con las copias certificadas acompañadas, las copias simples de las prescripciones de los médicos pediatra, fisiatra y neurólogo infantil, las Resoluciones del Consejo de Administración, Disposiciones de la Dirección de Prestaciones del ISSN, y los formularios previstos por la demandada, desde hace años el niño Gunther requiere de las 24 sesiones semanales de terapia psicológica domiciliaria y de psicopedagogía, que en conjunto conforman el plan de tratamiento de rehabilitación que anualmente aprueba la demandada y que se lleva a cabo con profesionales no prestadores de la Ciudad Autónoma de Bs. As. y de la ciudad de San Martín de los Andes (Expte. Nro. 4469-195504/1- Alcance Nro. 000- año 2017, agregado por cuerda Expte. Nro. 4469-074129/2).

De la lectura de los antecedentes aludidos es posible concluir que en el caso concreto y bajo la pauta del abordaje integral de la salud al que tienen derecho las personas con discapacidad, la prestación requerida se encuentra unida en forma inescindible a la salud del niño.

Esta afirmación es la que sustenta la verosimilitud del derecho que asiste a la pretensión cautelar y que en este estado procesal es suficiente para su otorgamiento, a fin de que el Instituto de Seguridad Social de Neuquén, **durante la tramitación de este amparo**, y sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia, brinde cobertura del **100%** del tratamiento de rehabilitación, a fin de cubrir **24 sesiones mensuales de psicología y psicopedagogía** por parte de profesionales **no prestadores** teniendo en cuenta el **costo real del tratamiento** aprobado.

Así, ésta Cámara, sostuvo: *"En tales condiciones, y recordando que este Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado el*



peligro en la demora, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan (conf. causas 6655/98 del 7.5.99, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 1830/99 del 2.12.99, 1056/99 del 16.12.99 y 7841/99 del 7.2.20; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13 y Podetti, Tratado de las medidas cautelares, pág. 77, n° 19), el mantenimiento de la medida solicitada, hasta el dictado de la sentencia definitiva, es la solución que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. d., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc.22, de la Constitución Nacional; conf. esta Sala, causas 22.354/95 del 2.6.95, 53.078/95 del 18.4.96, 1251/97 del 18.12.97, 436/99 del 8.6.99, 7208/98 del 4.11.99, 53/01 del 15.2.2001)...es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación



actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los intereses de los actores fundados en un derecho verosímil y su derecho a la salud y el derecho constitucional de defensa del demandado..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala/Juzgado: I. Fecha: 13-mar-2014 O. A. M. G. c/ OSDE s/ recurso de apelación"), ("*TRAMAGLIA ESTEBAN PABLO C/ ISSN S/ AC. AMPARO INC. DE ELEVACION*" (AUTOS 65269/14)", INC N° 636/2014).

En igual orden de ideas, la Sala II sostuvo: "*En cuanto al peligro en la demora, dada la enfermedad del menor, este se configura con la sola posibilidad de que el retardo en el tratamiento indicado produzca un daño de imposible o dudosa reparación posterior, supuesto que se advierte -prima facie- en el caso de autos por tratarse de una cuestión de salud vinculada con un niño con discapacidad*", ("*GASSER ADRIANA MARIA Y OTRO C/ ISSN S/ ACCION DE AMPARO S/ INCIDENTE DE ELEVACION*", JNQFA1 INC N° 1301/2017).

En cuanto al reproche de que la medida implica un anticipo de la tutela judicial pues se confunde con el objeto de la pretensión principal, en el antecedente "*TRAMAGLIA*" y evaluando un agravio similar, se sostuvo que "*... en mi criterio y, tal como lo he señalado en anteriores oportunidades, esto no se configura.*"

"*Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser, por tanto, tachada de prematura: provocada la obligación de la respuesta judicial, ante una concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento).*"

"*Es que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que so pretexto de incurrir en prejuzgamiento un juez pueda denegar una medida cautelar, cuando la tutela no admite demora. Así sostuvo:*



"...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar mediante esa vía un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

"10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva."

"11. Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario."

"12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una



evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie según el grado de verosimilitud los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros")."

"Y es pertinente aquí traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA 2000, en tanto se reconoce que es posible que "...la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia..." pero al mismo tiempo considera: "...todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse..." (citado por Meroi, Andrea, "IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y MEDIDAS CAUTELARES")."

III. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por el I.S.S.N. y en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 68/72 y vta. En cuanto fue materia de recurso y agravios e imponer las costas de la Alzada al apelante vencido. (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

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

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 68/72 y vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (68 C.P.C.C.).

3.- Diferir la regulación de los honorarios de esta Alzada para su oportunidad.

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA