

NEUQUEN, 19 de diciembre del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "O. R. A. C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", (JNQFA2 EXP N° 70865/2015), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIIO dijo:

I.- La sentencia dictada a fs. 413/422 y vta., hace lugar al amparo y ordena al ISSN que otorgue: 1) la cobertura del 100% del costo real para F. M. C. O., respecto de un acompañante terapéutico por 8 hs. diarias, un asistente domiciliario de 12 hs. (de lunes a sábados) y el transporte del domicilio hasta la Escuela N° 24 de Cipolletti, 2) la cobertura del 100% del costo real, para R. M. C. O., respecto a un asistente domiciliario de 12 hs. diarias (de lunes a sábados) y 3) Cobertura del 100% del costo de las consultas del médico tratante de las mellizas menores, Dr. Juan Manuel Menzella, imponiendo las costas del proceso en su totalidad a la demandada.

Contra lo ordenado, el ISSN interpone recurso de apelación a fs. 433/437, cuyo traslado ordenado a fs. 438 es contestado por la actora a fs. 439/440, solicitando su rechazo y la confirmación de la sentencia de grado, con costas a la contraria.

II.- Se agravia la demandada, en primer lugar por la decisión de "cobertura del 100% del costo real" de un acompañante terapéutico y de un asistente domiciliario, alegando que la obligación impuesta de abonar el costo real de las prestaciones mencionadas, viola su derecho de defensa, en tanto que a través de las disposiciones N° 1580/17 y 1642/17, se cumplió con la medida cautelar ordenada de los dos asistentes domiciliarios y del acompañante terapéutico, conforme las Resoluciones N° 556/2016 y N° 777/2016 que incorporan al nomenclador del ISSN, la cobertura de cuidador domiciliario y del acompañante terapéutico.

Manifiesta que lo ordenado importa que en un futuro la obra social deba cumplir con una obligación sin límites ni topes, en la cual la contraria pueda presentar presupuestos de valores exorbitantes, eliminando la posibilidad de auditarlos u objetarlos, invocando a su favor lo decidido en la causa "Def. Dchos. Del Niño c/ ISSN s/ amparo" (Sala 1, del 30/04/15), en la cual se le reconoció facultades de auditoría y control (y/o fiscalización) a fin de que determine en función de lo peticionado por los médicos tratantes, cuál es el monto que corresponde abonar, de acuerdo a parámetros normales en este tipo de prestaciones.

Por ello, sostiene que lo decidido, no sólo agravia sus facultades de auditoría y control, sino que violenta su derecho de propiedad.

Solicita en consecuencia, que se declare abstracta la cuestión dado que las dos prácticas se encuentran nombradas por la obra social, tomando en

consideración que el cuidador domiciliario se venía otorgando, previo a la interposición de la demanda y se impongan las costas en este punto por su orden.

En segundo lugar critica la orden de otorgar cobertura del 100% respecto del transporte a F. M. C. O. desde su domicilio hasta la Escuela N° 24 de la ciudad de Cipolletti, alegando que con la prueba ofrecida y producida por su parte, se demostró que el transporte de los alumnos que asisten a Escuelas especiales, lo realizan desde el Consejo Provincial de Río Negro y Neuquén y que por ello no le compete a su parte el otorgamiento del transporte a la escuela.

Asimismo, manifiesta que la actora no ha demostrado haber petitionado o reclamado el transporte a los organismos correspondientes y el sentenciante sólo se ha limitado a otorgar tal cobertura en base a los dichos de la accionante, no existiendo prueba suficiente y falta de certeza, realizando conclusiones carentes de sustento probatorio y por lo tanto contradictorias. Es por ello que solicita sea revocada esta orden, con costas a la parte actora.

Como tercera queja, apunta a la cobertura del 100% del costo de consultas del médico tratante Dr. Juan Manuel Menzella, invocando que tal petición fue introducida en forma extemporánea por la contraria, conforme lo previsto por el art. 365 del Cód. Procesal, y que a pesar de ello se hizo lugar al mismo, aprobando la medida cautelar petitionada por la actora, vulnerando su derecho de defensa, ya que como su parte lo manifestó oportunamente, el galeno mencionado ha sido habilitado prestador de la obra social ISSN, como integrante del Centro de La Natividad y el Policlínico Neuquén a partir de 25/11/2016, acompañando a modo informático, copia del sistema conexia (Dpto. Relación con Prestadores del ISSN), solicitando se declare abstracto este punto ya que las menores se encuentran recibiendo la atención médica normalmente, como afiliadas del ISSN, y se impongan las costas en este punto, por su orden.

Finalmente se agravia de la imposición de costas en su totalidad, manifestando que se ha reconocido por la sentencia en los considerando que la obra social ha brindado en tiempo y oportunidad la cobertura que le fue solicitada, resguardando en todos momentos el derecho a la salud de las menores, y que en ningún momento negó las prácticas médicas, medicamentos, cobertura de transporte, que requirieron sus progenitores, y que por ello, la actora no logró demostrar cómo es que su parte ha sido vencida y menos aún, que deba cargar con las costas del proceso.

Expresa que la a-quo no ha apreciado las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso y el éxito obtenido por cada litigante, por lo que resulta desacertado, contradictorio, arbitrario e incongruente, que se hayan impuesto a su cargo, solicitando sea revocado y sean impuestas por las peticiones de cobertura de acompañante terapéutico, cuidador domiciliario y consultas médicas con Menzella y en relación al transporte escolar, a la actora.

III.- Entrando al estudio de los agravios, comenzaré por la queja sobre la

cobertura del 100% del costo real a fines de cubrir las prestaciones de un asistente domiciliario y acompañante terapéutico para la menor F. M. C. O. y un acompañante domiciliario para la menor R. M. C. O., adelantando la suerte adversa de esta queja.

En efecto, de la expresión de agravios, no está discutido ni la necesidad de cobertura del acompañante terapéutico para F. M., ni tampoco la de los asistentes domiciliarios para cada una de las mellizas menores, prestación ésta que se vino cumpliendo por vía de excepción y bajo disposición N° 667/15 (fs. 138) y Disposición N° 668 (fs. (52/53), entre otras.

Resultan entonces que el núcleo del agravio está formado por una cuestión económica, es decir, la demandada ataca la “cobertura del 100% del costo real” tanto del acompañante terapéutico como de los cuidadores domiciliarios, alegando que al estar nombradas estas prácticas (a partir del 2016), en pleno uso de las facultades discrecionales que tiene, de auditoria y control, aplicó las normativas previstas en las resoluciones N° 556/16 y N° 777/16, accediendo la actora a las mismas, a través de las Disposiciones N° 1580/17 y 1642/17, consintiendo tal procedimiento administrativo, abonándosele los importes establecidos en el nomenclador.

Al respecto, y como ya lo sostuviera en anteriores precedentes, esta Sala primigeniamente compartía la postura de la demandada, pero por cuestiones de economía procesal ha cambiado su postura en atención a lo resuelto por el TSJ en R.I. 148/2012 del registro de la Secretaria Civil.

En tal sentido en la causa “LEVILAF” (Expte. N° 67066/14, del 24/09/2015), dijimos:

“Tal como lo señaláramos al confirmar la medida cautelar de autos (sentencia de fs. 411/413 vta.), si bien la opinión de esta Sala II ha sido que si la obra social brinda la cobertura que la ley le exige con determinados prestadores, el afiliado que pretende recibir atención de profesionales o instituciones que no han celebrado convenio con la obra social debe acreditar la insuficiencia de aquellos prestadores y, en todo caso, el reintegro debe ser a los valores que se abonan a los prestadores, a efectos de no alterar la igualdad de tratamiento de los afiliados, a partir de la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia en R.I. n° 148/2012 del registro de su Secretaría Civil, adherimos, por razones de economía y celeridad procesales, al criterio allí sustentado. Por tanto, toda consideración sobre la idoneidad o inidoneidad de los prestadores resulta superflua”. (La negrita me pertenece).

Asimismo, en la causa “Corbelle” (69.208/15, del 23/02/2016), sostuve que:

“...el Tribunal Superior de Justicia ha señalado, luego de recordar y puntualizar la normativa constitucional, internacional, nacional y local mediante Acuerdo 50 del 3 de septiembre del 2015 en autos caratulados: “F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA” (Expte. 2160/07), que:

“Luego, situados en la perspectiva constitucional de los Derechos Humanos receptada en los Pactos Internacionales reseñados y la legislación citada, no cabe otra conclusión que otorgar responsabilidad al Estado por la falta de oportuna cobertura asistencial plena e integral de la menor B.F., a fin de lograr su integración social en todos los aspectos requeridos.”

“Es que, a la luz de tales principios, la negativa dada por la Obra Social frente al requerimiento de cubrir el 100% de las prestaciones a favor de la niña con discapacidad, aparece como irrazonable, desde que se aleja del estándar de protección y de asistencia integral de la discapacidad y desconoce el principio del “interés superior” de las personas de menor edad, cuya tutela prioriza la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

“En efecto, la Obra Social argumenta que las personas con discapacidad tienen cubierto el 100% de las prestaciones que requieran –siempre y cuando sean de prestadores autorizados- y bajo el sistema de módulos, siempre que se cuente con el certificado de discapacidad emitido por la JUCAID”.

“Mas ello resulta insuficiente e inadecuado a los fines de cubrir las necesidades y requerimientos de prevención, asistencia, tratamiento, rehabilitación, estimulación y promoción de las personas con discapacidad de suerte tal de facilitar su integración social, procurando el óptimo desarrollo de sus capacidades y su autonomía, en respeto a su dignidad.” (cfr. fs. 10/12 Expte. administrativo 2369-046745/4 Alc. 0000 Año 2003).

Trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa, la magistrada sopesando el derecho a la salud desde la inclusión de las niñas en las prestaciones integrales que establece la ley 24.091 (dado la especial patología que presentan las mellizas y los cuidados prescriptos, debido a sus necesidades psicofísicas), por sobre los intereses económicos de la demandada, y si bien hasta ese momento no fue invocado los importes que por nomenclador si bien resultan mayores a los que se abonaban a través de un subsidio, resultan insuficientes para atender tales necesidades.

Es que la obligación puesta en cabeza de las obras sociales, es “de carácter obligatorio”, conforme art. 2 de la ley 24.901 imponiendo “la cobertura total”, de prestaciones básicas enunciadas en dicha ley, con lo cual, no puede considerarse cumplida con los valores invocados en la documental acompañada, ya que no se encuentran justificados tales importes, y resultan menores a las sumas presupuestadas e informadas por la amparista a fs. 227/231 y vta., contemporáneas a la interposición del amparo (agosto/2015), importes que no merecieran la réplica fundada del apelante.

Además, en cuanto a las facultades de contralor y auditoria de la obra social, debo señalar no han sido negadas en ningún momento, criterio que ya se expusiera en el precedente aludido de esta Sala (“Levilaf”, entre otros), como también en el de la Sala I (causa “Def. Der. del Niño y Adolesc.”, Expte.

60110/2013).

En tal sentido, la sala I, en la causa “CORIA” (Expte. Nº 68497/2014, del 01/09/2016), sostuvo que:

“3.3. Por último, corresponde una vez más reiterar que 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: y la arbitrariedad en este caso consistiría en no acordar la protección constitucionalmente debida.”

“La limitación del reintegro que efectúa la obra social, asociada a valores fijados en su propio nomenclador, resulta claramente insuficiente, conforme las constancias de la causa, y se contrapone a la directiva constitucional de protección y asistencia integral a la discapacidad”.

“Así se ha indicado: “...Se impone, en consecuencia, que las partes colaboren en la efectiva concreción de las terapias que requiere el menor, procurando no distraerse en discusiones inconducentes que hagan perder de vista el objetivo central que debe alcanzarse; pues en todo momento debe garantizarse la atención integral de la persona con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarle una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1 de la ley 24.901)...” (cfr Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, F. S. P. c. M. T. s/amparo 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/65302/2011)”.

“Y, en similar sentido: “... de acuerdo con la expresa normativa consagrada en los arts. 15, 16, 18 -2do. párr., 19 y 21 de la Constitución de Entre Ríos, sumada a la que emerge de los tratados internacionales constitucionalizados sobre protección del niño y asistencia a las personas discapacitadas, la cobertura de las puntuales coberturas prestacionales que interesa al accionante, constituyen prestaciones que deben ser proporcionadas por el Estado Provincial en beneficio del menor discapacitado por quien se acciona en autos, en forma integral, oportuna y gratuita”.

“Esa obligación del Estado ha sido delegada por éste en cabeza de la obra social estatal de la Provincia de Entre Ríos (cfme: Ley Nº 9891) en los casos de afiliados a ésta y no existe aquí razón para ingresar a elucidar si corresponde tener en consideración, o no, los límites autodeterminados por la demandada a través de las Resoluciones Nº 519/08 y Nº 231/09, porque esa limitación hace completo caso omiso de las explícitas disposiciones constitucionales consagradas en los arts. 15, 18-2do. párr., 19, 21 y concordantes de la Carta Magna provincial y de la legislación nacional y provincial vigente sobre el particular, habida cuenta que los dispositivos constitucionales citados imponen al Estado —por sí o a través de su Obra Social o de otros órganos de él— abonar el 100% del costo de la prestación, sin que pueda interesar al beneficiario cómo conviene el valor de ella con cada

prestador, debiendo hacerse cargo de la totalidad del gasto que ello acarree".
"Tal como tuve ocasión de expresar al pronunciarme como miembro del Superior Tribunal de FERIA en fecha 5/1/09 en la causa "Díaz, Eduardo Marcelo c/ I.O.S.P.E.R. - Acción de amparo", ese deber encuentra correlato normativo en las específicas previsiones contenidas sobre el particular en la Constitución Nacional resguardando el derecho a la vida y a la salud (art. 33), en la Ley Nº 24.901 —a la que adhiere la Provincia de E. Ríos mediante la Ley Nº 9891— imponiendo a las obras sociales la cobertura integral de las prestaciones a cargo del Estado que fueren necesarias para el tratamiento de personas con discapacidad y, finalmente, los dispositivos más recientemente incorporados a la Constitución de Entre Ríos en sus arts. 19 y 21 reconociendo la salud como derecho humano fundamental, estableciendo la asistencia sanitaria gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna y asegurando a las personas con discapacidad la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación, todo ello reafirmado por la recurrente doctrina judicial que emerge de múltiples pronunciamientos de este mismo Tribunal interpretando ese plexo normativo con la amplitud que las circunstancias imponen (cftr.: S.T.J.E.R., Sala Nº 1 de Proc. Const. y Penal; in rebus: "Aguilar", 10/9/08; "Cipriani", 28/11/08; "Pellegrini", 14/12/08; "BLANCO", 25/12/08; entre muchas otras)".

En función de lo hasta aquí señalado, y a todo evento, ante un planteo que considerara exorbitante la demandada, ello no impide que la cuestión pueda ser expuesta ante el juez interviniente, previo adopción de las medidas administrativas que considere ajustadas a las circunstancias del caso.

Por lo tanto, esta queja será rechazada.

IV.- Igual suerte correrá la queja sobre la cobertura del transporte de la menor F. M..

En efecto, la ley pone también en cabeza de la obra social el transporte a los establecimientos educaciones o de rehabilitación, cuando dice en su art. 13 "los beneficiarios de la presente ley que se vean imposibilitados por diversas circunstancias de usufructuar del traslado gratuito en transporte de colectivos ...tendrán derecho a requerir de su cobertura social un transporte especial, con el auxilio de terceros cuando fuere necesario" (la negrita me pertenece).

Al respecto, en situación similar a la de autos, en la causa ya mencionada "Levilaf" sostuve que:

"La jueza ha señalado claramente que la obligación relacionada con el transporte del menor si bien puede estar a cargo de otros organismos, no por ello desaparece la obligación de la obra social de brindarlo conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 24.091".

"En tal sentido, la parte quejosa se limita a señalar que la obligación del transporte le corresponde al consejo Provincial de Río Negro y Neuquén, omitiendo toda referencia a que tipo de ente administrativo alude, pero de

todas formas no controvierte que la condena se sustentara en la norma legal antes mencionada y que por ende sella la suerte del recurso”.

“Por lo demás, no se advierte ni se indica en concreto que valoración probatoria omitiera la jueza ya que lo expresado por el quejoso no alude a los términos de la sentencia siendo evidente, en función de la discapacidad que padece, los informes médicos y lo actuado por el propio Instituto, que el menor requiere de un transporte que lo lleve a los lugares necesarios para su tratamiento y que no puede circular en el transporte público”.

En atención al contenido del agravio, la decisión transcripta resulta perfectamente aplicable al caso de autos, ya que la demandada tampoco especifica a qué organismo administrativo se refiere, cuando engloba la cuestión como Consejo Provincial de Río Negro y Neuquén, no surgiendo de la ley citada (ley 24091), algún supuesto para la eximición por parte de la obra social demandada para desobligarse de tal prestación, ni tampoco surge que la actora deba peregrinar por algún organismo administrativo antes de recalar en la obra social a los fines de lograr la cobertura del transporte.

En consecuencia, esta queja es rechazada.

V.- Con relación a la queja sobre la extemporaneidad de la petición de cobertura de los honorarios del Dr. Juan Manuel Menzella, invocando el art. 365 del Cód. Procesal, alegando violación a su derecho de defensa, considero que resultan inadmisibles, en tanto ya fue una cuestión planteada y resuelta en la instancia de grado (fs. 361/364 vta) y por esta Sala (a fs. 384/385 vta.) atento al recurso de apelación de la demandada.

En cuanto a la cobertura del 100% del costo real de los honorarios del Dr. Juan Manuel Menzella, teniendo en cuenta que la cobertura en las condiciones señaladas, fue decidida por la necesidad de no interrumpir el vínculo de confianza entre las menores y el profesional, en virtud de las afectaciones a la salud que ambas y priorizando el interés superior de las niñas, a fin de evitar cualquier retroceso o estancamiento en la evolución del tratamiento, atento la condición de “no prestador” del ISSN del Dr. Menzella, considero que no corresponde declarar abstracta la cuestión, ya que no es una situación que esté claramente determinada, en atención al bien protegido ya señalado.

Lo decidido no obsta a que si realmente el galeno fue reingresado como prestador, el ISSN podrá hacer valer el convenio suscripto entre la Natividad Neuquén Soc. Civil (en tanto y en cuanto lo incluya al profesional mencionado), al momento de facturar los importes en concepto de consultas médica.

VI.- Con relación a la queja sobre imposición de costas, adelanto que será rechazado este agravio, en tanto el criterio objetivo de la derrota es también aplicable al este proceso (conforme lo dispuesto por el art. 20 de la Ley 1981 y art. 68 del Código Procesal).

Aplicando las pautas normativas a el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta la decisión recaída en le presente y que la actora tuvo que accionar para

obtener la cobertura y las prestaciones en la modalidad que fueron ordenadas, no existe duda que la demandada inviste la calidad de vencida, resultando ajustada a derecho la imposición de costas decidida en la instancia de grado.

VII.- Consecuentemente, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso del demandado, confirmándose la sentencia dictada a fs. 413/422 vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios, con costas en su calidad de vencido (conf. arts. 20 ley 1981 y art. 68 del Cód. Proc.), debiendo regularse los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia en el 30% de la suma allí fijada para cada uno de ellos (art. 15, ley 1594).

La Dra. 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 fs. 413/422 vta., en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en su condición de vencida (arts. 20 ley 1981 y art. 68 del Cód. Proc.).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fije para cada uno de ellos (art. 15, ley 1594).

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

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria