



NEUQUEN, 16 de marzo del año 2022.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**T. C. E. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO**", (**JNQFA3 EXP N° 100467/2020**), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, **Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 823/832, dictada el día 7 de diciembre de 2021, que hace lugar a la demanda, ordenando a la demandada que brinde cobertura del 100% para todos los tratamientos, medicaciones, estudios, farmacología, controles seriados dermatológicos y oftalmológicos, cremas o protectores solares, en la cantidad y modalidad que se le requiera con soporte de prescripción e indicación de especialista dermatólogo a elección de la parte actora e integrante del listado de prestadores del ISSN, o a cargo de la obra social para el caso que no cuente con tales prestadores y posibles emergentes según la patología, debiendo la madre garantizar a su hijo el tratamiento sostenido y continuado en el tiempo; con costas a la accionada.

a) En su memorial de fs. 835/840 -presentación web de fecha 14 de diciembre de 2021-, la demandada se agravia, en primer lugar, por la vulneración de su derecho de defensa, de propiedad y de auditoría y control.

Dice que la vía procesal elegida por la parte actora tiene como presupuesto la acción u omisión de órganos o agentes de la autoridad pública, que adolezca de arbitrariedad manifiesta, lo que excluye que pueda convertirse en una instancia en la que los jueces asuman facultades propias de



otros poderes o autoridades públicas, o se constituyan en revisores de su actuar dentro de las normas respectivas.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que la acción de amparo excluye aquellas cuestiones en las que no surge con nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se arguye.

Sigue diciendo que este proceso no ha cumplimentado los requisitos señalados toda vez que la demandada ha gestionado en tiempo y forma, mes a mes, el procedimiento administrativo pertinente por el cual se provee a la persona menor de edad la medicación con protección solar que requieren sus médicos tratantes.

Señala que la auditoría que se cumple sobre las prestaciones advirtió en las últimas solicitudes -que dan lugar a la presente acción- un aumento de la cantidad de envases de protectores solares y la consignación de marcas específicas, por lo que se consulta a los médicos tratantes respecto a estas prescripciones, indicándose la derivación con médicos especialistas en dermatología, lo que a la fecha de la apelación no se ha hecho.

Manifiesta que si bien la sentencia recurrida reconoce el actuar conciliatorio de la demandada, por otro lado desconoce el actuar administrativo tanto previo a la interposición de la demanda, como durante el proceso, insistiendo para que la actora presente la historia clínica suscripta por un especialista en dermatología, lo que a la fecha de la apelación no se ha hecho.

Sostiene que si bien la jueza a quo toma en consideración lo expuesto por los peritos especialistas, no se especifica a que cremas se refiere, cuando en este caso la controversia radica no sólo en el exceso del pedido, sino también en el tipo de producto peticionado (cremas y productos



cosméticos y dermatológicos sin factor de protección solar - Lipicar, Aveno, Vitamina A y Vitamina AE), los que no se encuentran justificados medicamente, dado que en autos no se ha demostrado la evidencia científica de su utilización.

Afirma que así lo dice el testimonio de la Dra. Dumas, el que transcribe.

Critica la imprecisión de la sentenciante de primera instancia, por cuanto transcribe -en su resolutorio- parte del informe pericial: "requiere al menos de 6-7 envases mensuales de 200 ml o cuatro-cinco de 200 ml y cuatro de 100 ml", dando por sentado que es la cobertura correspondiente que en principio debería otorgar la obra social, pero en el Resuelvo omite especificar detalladamente y limitar la cobertura a protectores solares sea en la presentación que fuere (loción, crema, spray), por lo que no se resuelve la principal controversia referente a la cobertura de los demás productos cosméticos sin protección solar.

Tilda de gravemente contradictoria la sentencia recurrida que hace lugar al amparo, cuando en los Considerandos ratifica que la cobertura debe darse en base a lo dictaminado por la perito, en tanto el dictamen pericial coincide con la postura de la demandada.

Insiste que se está condenando a la obra social en contra de la opinión médica autorizada.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 843/847 -presentación web de fecha 27 de diciembre de 2021-.

Plantea la deserción del recurso por entender que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.



Dice que la conducta de la demandada encuadra dentro de las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 59 de la Constitución Provincial, toda vez que a raíz de la falta de provisión de los medicamentos y servicios de profesionales médicos se lesionan derechos constitucionales de la persona menor de edad, privándolo de manera total y arbitrariamente del derecho de acceso a la salud.

Sigue diciendo que de un momento a otro la demandada interrumpió las prestaciones que venía otorgando, e impuso una prestación parcial, siendo el objeto de la presente acción la continuidad de la asistencia.

Recuerda que su parte debió incoar reiteradamente la petición de medidas cautelares, durante el trámite de la acción de amparo, a efectos de que la demandada brindara la prestación debida.

Niega que se le haya solicitado historia clínica suscripta por un especialista en dermatología, habiéndose corroborado en la audiencia celebrada en la primera instancia que la actora acompañó toda la documentación, en diciembre de 2018, para el empadronamiento en el Plan D para el año 2019, corroborando también que por cuestiones burocráticas la demandada no emitió la normativa pertinente.

Destaca que el hecho que la jueza de grado requiera que la prescripción médica debe ser hecha por especialista en dermatología del listado de profesionales de la obra social, permite que la demandada tenga un mayor control sobre las prestaciones.

Niega que haya existido alguna vez auditoría para determinar si correspondía o no otorgar la medicación solicitada. Señala que con posterioridad a la notificación de la demanda, en fecha 24 de enero de 2020, hubo una evaluación



efectuada por una farmacéutica, quién adujo que la patología podía evitarse utilizando vestimenta y que el número de factor solar otorgado no hacía la diferencia en la protección.

Considera arbitrario que una profesional farmacéutica evalúe la situación de una patología dermatológica, y pediátrica, como es el albinismo óculo cutáneo, más aún cuando su parte se puso a disposición en reiteradas oportunidades para que se efectúe una entrevista con médicos dermatólogos designados por la obra social, a efectos de determinar cuáles eran las cremas y medicamentos necesarios.

c) A fs. 849 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, el que propicia el rechazo de la apelación, en concordancia con lo dictaminado por ese ministerio con anterioridad.

II.- El memorial de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, y si bien la sentencia recurrida no es todo lo clara que debió ser -dado los términos en que se trabó la litis-, surge de ella que la condena a la demandada es a brindar los protectores solares y demás cremas indicadas, en la cantidad y marcas prescriptas por los médicos tratantes.

Y me refiero a protectores solares y cremas, en tanto surge del expediente que, en los demás aspectos, la demandada brinda cobertura al 100% para la patología del hijo de la actora, suscitándose la controversia en la cantidad y marcas específicas de los productos prescriptos.

El joven O.A.R.T. -actualmente de quince años de edad, ver certificado de nacimiento de fs. 2- presenta un trastorno hereditario de la biosíntesis de melanina,



denominado albinismo oculocutáneo, que se caracteriza por una reducción generalizada en la pigmentación de pelo, piel y ojos, y hallazgos oculares que incluyen nistagmo, agudeza visual reducida y fotofobia (informe del Comité Provincial de Biotecnología, fs. 183).

Surge de dicho informe y de la pericia médica obrante a fs. 190/208, como así también del informe presentado por la consultora técnica de parte, a fs. 177/182 que el trastorno antedicho no tiene cura y que lo que se controla y previene son las consecuencias de aquél en la piel y en los ojos.

El planteo recursivo de la demandada refiere al cuidado de la piel.

Los dictámenes técnicos de autos son contestes en que las personas con albinismo tienen una piel muy sensible a la luz y a la exposición solar, siendo las quemaduras solares una de las complicaciones más graves, en tanto pueden derivar en cáncer de piel y engrosamiento de la piel.

La prevención de las quemaduras solares, y en ello son contestes los informes técnicos, se realiza, en primer lugar, evitando la exposición a los rayos UV (radiación ultravioleta). Para ello la persona tiene que permanecer el menor tiempo posible al aire libre; evitar estar en el exterior en los horarios de mayor radiación solar (entre las 11,00 horas y las 17,00 horas); permanecer a la sombra.

A la reducción de actividades en el exterior se agrega, como forma de protección, la utilización de barreras físicas: ropa adecuada, que cubra la mayor parte del cuerpo, anteojos y protección de la cabeza mediante gorras o sombreros.



Finalmente, se deben proteger las partes del cuerpo no cubiertas por la ropa y gorras con protector solar factor 50.

Para este último fin, la médica dermatóloga tratante ha prescripto Mexoryl XL, en leche y spray, indicando la marca Anthelios; licochalcona, indicando la marca Eucerin; un producto post solar indicado por su marca Posthelio; un producto para cuidado corporal indicado por su marca Lipikar; avena en barra indicando la marca Proavenal; avena más emolientes indicando la marca Proavenal; mexoryl sx sticks (para labios); vitamina A más alantoina, en crema y emulsión, indicando la marca Dermaglós; peróxido de benzoilo más adapaleno, en gel, indicando la marca Panalene Duo, determinando en cada caso la cantidad de envases (fs. 11/vta.).

Esta medicación fue autorizada por el término de un año por la demandada mediante disposición n° 099/2018 del Director de Prestaciones de Salud y Asistenciales de la obra social (fs. 5/vta.), no habiéndose renovado por entender la accionada que la actora no había acompañado la documentación requerida, no había renovado la permanencia en el plan D del instituto demandado, además de cuestionar la cantidad de envases solicitada y la exigencia que fuera de determinada marca comercial.

La perito médica dictamina que la prescripción efectuada por la médica tratante está justificada, en cantidad y calidad, por la patología que presenta el hijo de la amparista (fs. 193).

La consultora técnica de parte, por el contrario, considera que la prescripción no es adecuada ni en cantidad ni en calidad, entendiéndose que el tinosorb es un protector solar más adecuado, que existen numerosas marcas en el mercado, que



tienen principios activos y excipientes como cualquier otro medicamento. Aclara que los excipientes son los que brindan las características cosméticas al producto, pero de ninguna manera hacen a su eficacia. Concluye en que el protector solar se puede indicar, como cualquier otro genérico, por droga y factor de protección.

En cuanto a los productos para hidratar la piel (Posthelios y Lipikar), señala que no hacen específicamente al tratamiento del albinismo, y que la hidratación puede ser realizada con cualquier emoliente, no siendo las necesidades del joven de autos diferentes a las de cualquier otra persona.

El informe del Comité Provincial de Biotecnología señala que se encuentra vigente la ley de prescripción de medicamentos por genérico, por lo cual direccionar la marca no es legal (fs. 185).

En cuanto a la cantidad de envases, la consultora de parte señala que un adulto necesita 35 ml de protector solar por aplicación para cubrir un 75% de superficie corporal, y que en el caso del albinismo, como las áreas expuestas deben ser minimizadas, se debe calcular la cantidad de protector para cara, cuello y dorso de manos, lo que representa un 6% a 7,5% de la superficie corporal total; siendo, entonces, la cantidad calculada por aplicación de 3 ml. Continúa la consultora técnica diciendo que el protector debería aplicarse dos veces por día y hasta tres en los meses de verano, con 9ml diarios es suficiente (fs. 181).

Por su parte el Comité Provincial de Biotecnología, con relación a la dosis, señala que no cuenta con datos que permitan conocer la superficie corporal del paciente. Agrega que la bibliografía indica que el protector solar debe aplicarse en aquellas zonas del cuerpo que no quedan protegidas por las barreras físicas como ropa, gorro, y



que para un adulto se necesitan 35 ml para cubrir toda la superficie corporal (fs. 186).

Hasta aquí lo que surge de las constancias del expediente.

El primer cuestionamiento de la demandada es que, con excepción de los protectores solares, las restantes cremas, lociones y productos de limpieza son productos cosméticos, cuyo uso necesario no se encuentra científicamente fundado.

A fin de abordar esta queja debemos partir que el hijo de la actora no es solamente una persona menor de edad, sino que, además, es una persona con discapacidad. De acuerdo con el art. 9° de la ley 24.901 se entiende por persona con discapacidad a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Dado la patología de la persona menor de edad de autos, y los condicionamientos que ella le impone para desarrollar actividades en ambientes no cubiertos, y la disminución de la capacidad visual que conlleva, va de suyo que aquella coloca al hijo de la actora en una situación de desventaja social, educacional y laboral que lo convierte en una persona con discapacidad. Ello se ve corroborado por el certificado obrante a fs. 1, emitido por el JUCAID, y ha sido reconocido por la demandada al incluirlo en el plan específico para esta clase de afiliados (Plan D).

Por su parte, el art. 1° inc. a) del decreto n° 150/1992 del Poder Ejecutivo Nacional define al medicamento como "toda preparación o producto farmacéutico empleado para la prevención, diagnóstico y/o tratamiento de una enfermedad o



estado patológico, o para modificar sistemas fisiológicos en beneficio de la persona a quién se le administra”.

Luego teniendo en cuenta de que lo que se trata, en el caso del hijo de la actora, es de la prevención de consecuencias patológicas para su piel, derivadas de la exposición al sol, esas cremas, lociones y productos de limpieza pueden integrar, en el caso concreto, la categoría de medicamento, más allá de que normalmente su uso es cosmético.

Por otra parte, en la disposición n° 099/2018 ya citada, la demandada autorizó la provisión de estos productos, por lo que presumo que los entendió necesarios para el tratamiento de la patología del hijo de la actora.

A ello se agrega que la perito médica dictaminó que la indicación de la profesional tratante era la adecuada para la situación de la persona con discapacidad.

Por lo que concluyo que para el caso concreto las cremas, lociones y productos de limpieza indicados por la médica tratante son necesarios para el tratamiento del hijo de la actora y deben ser provistos por la demandada con una cobertura del 100%.

En cuanto al cuestionamiento referido a la indicación de la marca comercial del producto, la ley 25.649, en su art. 2°, regla: *“Toda receta o prescripción médica deberá efectuarse en forma obligatoria expresando el nombre genérico del medicamento o denominación común internacional que se indique, seguida de forma farmacéutica y dosis/unida, con detalle de grado de concentración.*

“La receta podrá indicar además del nombre genérico, el nombre o marca comercial, pero en dicho supuesto el profesional farmacéutico, a pedido del consumidor, tendrá la obligación de sustituir la misma por una especialidad medicinal de menor precio que contenga los mismos principios



activos, concentración, forma farmacéutica y similar cantidad de unidades...".

De igual modo la ley provincial 2.392 declara obligatorio el uso de nombres genéricos de medicamentos en todas las prescripciones de profesionales médicos y odontólogos en todo el territorio de la Provincia del Neuquén.

De la lectura de la prescripción de fs. 11/vta. se advierte que no en todos los ítems la médica tratante ha respetado la ley nacional y la ley provincial, por lo que en lo sucesivo deberá la amparista procurar que las recetas cumplan con lo dispuesto por la ley nacional 25.649 y provincial 2.392.

Claro está que siendo facultad del paciente requerir el cambio del producto por uno de menor precio al sugerido por el profesional médico, y siendo la cobertura del medicamento al 100%, la actora no ha ejercido dicha facultad.

Teniendo en cuenta que no se puede obligar a la amparista a ejercitar esa facultad, si la demandada considera que en el mercado existen productos de iguales características y de menor precio al de la marca sugerida por la médica tratante, puede proceder directamente a su adquisición y luego proveérselo al afiliado, en tiempo y forma.

Finalmente, en lo que hace a la cantidad de envases requerida por la médica tratante, ellos totalizan 34 mensuales, de diferentes volúmenes.

El dictamen pericial médico ha entendido que la necesidad de la persona menor de edad se satisface con 1.200 mililitros mensuales de producto, en tanto que la consultora de parte estima 600 mililitros mensuales como suficientes. El Comité Provincial de Biotecnología no se expide sobre esta cuestión por carecer de datos sobre la superficie corporal del paciente.



De acuerdo con la indicación de la médica tratante, la mayor parte de los productos indicados se ubican en los 600 y 800 mililitros mensuales, excepto en la avena en barra y en una de las cremas con vitamina A que superan el litro mensual.

Por ende, la prescripción médica en cuanto a cantidad de producto se ubica dentro de los rangos indicados por la perito médica y por la consultora de parte.

Finalmente, entiendo pertinente referirme a las facultades de auditoría -de control- que tiene la demandada sobre las prestaciones requeridas por sus afiliados, incluido el hijo de la actora, y que, como lo ha señalado la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, tales facultades deben ser ejercidas resguardando el "principio de no interrupción". Dijo el tribunal citado: *"...tales prestaciones deberán estar adecuadamente justificadas y ser oportunamente requeridas al Instituto Provincial de Salud de Salta, instándose los trámites normales y ordinarios exigibles para el caso: ante ello el demandado podrá considerar fundadamente si las nuevas prescripciones médicas exceden los objetivos de la ley 24.901, por resultar innecesarias, inconvenientes o inconducentes al mejor tratamiento de la menor discapacitada, proponiendo al juez del amparo la exclusión o limitación que sus profesionales auditores aconsejen. Pero tal facultad, de ningún modo, exime a la obra social de su deber de observar el principio de no interrupción, que consiste en no discontinuar una situación favorable al paciente, que tiene base en el principio de progresividad y no regresividad imperante en los pactos de derechos humanos"* (cfr. autos "Instituto Provincial de Salud c/ D.C.V.", 22/4/2020, LL AR/JUR/19909/2020).

Conforme lo dicho, reconozco que la demandada tiene facultades para controlar las prestaciones que requieran los médicos tratantes del hijo de la amparista, y que ésta



también debe respetar la normativa y procedimientos internos determinados por la obra social, facilitando, de este modo, aquella facultad de auditoría. Así es deber de la amparista, en cuanto representante legal de su hijo menor de edad, acompañar en tiempo y forma la documentación requerida por la obra social, historias clínicas y resultados de los estudios que se realicen al paciente, en tanto la obra social los requiera en forma fehaciente. Pero esta última no puede interrumpir las prestaciones que viene brindando a la persona con discapacidad -conforme ha sucedido en autos- ante la demora en el cumplimiento o incumplimiento de un requerimiento -se trate de documentación o de reempadronamiento en el plan correspondiente-, sino que deberá instar al cumplimiento de lo solicitado por otras vías, incluso la judicial. Ello sin perjuicio de la facultad de la obra social de negar nuevas prestaciones -diferentes a las que viene brindando-, si es que entiende que no son procedentes.

Y es esta interrupción de las prestaciones, que ha dado lugar a la promoción del amparo, lo que configura la conducta manifiestamente arbitraria de la accionada, que justifica la vía procesal intentada.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar parcialmente el resolutorio recurrido, a) condenando a la demandada Instituto de Seguridad Social del Neuquén a brindar al afiliado O. A. R. T. cobertura del 100% en la atención médica -controles dermatológicos y oftalmológicos- conforme la cartilla de profesionales prestadores de la obra social; estudios complementarios y lentes -en tanto se encuentren debidamente prescriptos por médico dermatólogo u oftalmólogo-; y los medicamentos y demás productos prescriptos por la médica tratante a fs. 11/vta., en las cantidades allí indicadas; b) haciendo saber que la obra



social demandada se encuentra facultada para adquirir los productos y medicamentos prescritos por la médica tratante, de conformidad con su indicación genérica y sin respetar la marca comercial sugerida, y entregárselos al paciente, respetando la provisión de los mismos en tiempo y forma; c) haciendo saber a la amparista que debe cumplir en tiempo y forma con los requerimientos de la obra social, respetando la normativa reglamentaria de la demandada y procurar que las futuras recetas de los médicos tratantes cumplan con las prescripciones de la leyes 25.649 y provincial 2.392; y a la obra social demandada que se encuentra obligada a cumplir con el principio de no interrupción de las prestaciones, conforme lo desarrollado en los Considerandos; confirmándolo en lo demás.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido y las características del sub lite, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. Parte del CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en la suma de \$ 21.720,00 para el letrado ...; \$ 14.660,00 para la letrada; y \$ 11.250,00 para la letrada, todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1.594.

José I. NOACCO dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada el día 7 de diciembre de 2021 (fs. 823/832) del siguiente modo: a) condenar a la demandada Instituto de Seguridad Social del Neuquén a brindar al afiliado O. A. R. T. cobertura del 100%



en la atención médica -controles dermatológicos y oftalmológicos- conforme la cartilla de profesionales prestadores de la obra social; estudios complementarios y lentes -en tanto se encuentren debidamente prescriptos por médico dermatólogo u oftalmólogo-; y los medicamentos y demás productos prescriptos por la médica tratante a fs. 11/vta., en las cantidades allí indicadas; b) hacer saber que la obra social demandada se encuentra facultada para adquirir los productos y medicamentos prescriptos por la médica tratante, de conformidad con su indicación genérica y sin respetar la marca comercial sugerida, y entregárselos al paciente, respetando la provisión de los mismos en tiempo y forma; c) haciendo saber a la amparista que debe cumplir en tiempo y forma con los requerimientos de la obra social, respetando la normativa reglamentaria de la demandada y procurar que las futuras recetas de los médicos tratantes cumplan con las prescripciones de la leyes 25.649 y provincial 2.392; y a la obra social demandada que se encuentra obligada a cumplir con el principio de no interrupción de las prestaciones, conforme lo desarrollado en los Considerandos; confirmándola en lo demás.-

II.- Imponer las costas de segunda instancia en el orden causado (art. 68, 2° parte del CPCy C.).-

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en la suma de \$ 21.720,00 para el letrado .; \$ 14.660,00 para la letrada .; y \$ 11.250,00 para la letrada . (art. 15 de la ley 1.594).-

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

PATRICIA CLERICI JOSÉ I. NOACCO
MICAELA ROSALES - Secretaria