

Neuquén, 12 de abril del año 2024

**VISTOS:** Estos autos caratulados: "**G.V. C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO**" (Expte. N° 100836 - año 2023), del Registro de este juzgado Laboral N° 2, a mi cargo, traídos a despacho para dictar sentencia y de los cuales

**RESULTANDO:** 1) Que a fs. 9/14 se presenta la amparista por derecho propio con el patrocinio letrado del Dr... e interpone acción de amparo en los términos del art. 43 de la constitución Nacional, arts. 321 inc. 2 y 498 del CPCC, contra el Instituto de Seguridad Social de la Provincia de Neuquén (ISSN) a efectos de que condene al demandado a que autorice la operación de bypass gástrico.

Sostiene que se encuentra afiliada a la Obra Social del ISSN desde el año 2018 y que en ese año comenzó un tratamiento en la Unidad Bariátrica Patagonia, con seguimiento médico a cargo del Dr...., el cual estaba a su vez acompañado por seguimiento psicológico y de nutrición donde se evaluaba su evolución para poder realizarse la operación de bypass gástrico.

Refiere que en fecha 21/12/2018 se inscribió al tratamiento y que dos años más tarde la obra social la dio de baja, volviendo a inscribirla el 21/01/2022, sin perjuicio de haber continuado con los controles pertinentes donde su médico tratante, psicóloga y nutricionista entienden que está apta para someterse a dicha intervención quirúrgica.

Asegura que en cambio, la obra social se niega a cubrir la operación, alegando que no ha cumplido con el tratamiento específico, por lo que recurrió a la Defensoría del Pueblo y a través de ésta pidió una vía de excepción, obteniendo la misma respuesta negativa de parte de la accionada.

Indica que en diciembre del año 2022 el ISSN le contestó diciéndole que a los fines de acceder a la evaluación por la solicitud de cirugía bariátrica según Resolución 328/21 aprobada por el Consejo de Administración de

la Obra Social el 10 de noviembre del año 2021 debía permanecer un año con tratamiento con equipo interdisciplinario; cumplir "Módulo Obesidad Inicial" y "Módulo Obesidad Seguimiento", para poder acceder al "Módulo Prequirúrgico Inicial" y "Módulo Prequirúrgico Seguimiento" en preparación para la cirugía y que luego el equipo prestador podría entonces presentar la solicitud, detallando la evolución en el tratamiento integral, descenso de peso, hábitos saludables alcanzados, patologías asociadas, medicación que consume, apto psicológico y adjuntar estudios que avalen su situación actual.

Que frente a ello, presentó todos los informes médicos, psicológicos, nutricionales que dan cuenta de su seguimiento y evolución en el tratamiento donde se especifica su situación: certificado médico donde consta que se encuentra apta para la cirugía, informe psicológico que el cual refiere ser la mejor opción terapéutica para su enfermedad e informe nutricional que detalla antecedentes de obesidad mórbida, esteatosis hepática grado 1 y que he presentado diabetes gestacional, con fecha junio de 2022.

Señala que la obra social respondió que, debido a la baja dada en 2020 debía iniciar nuevamente el tratamiento y que ahora el mismo era de dos años, por lo que inició reclamo administrativo, obteniendo nuevamente respuesta negativa.

Describe el derecho vulnerado y detalla cuáles son los derechos constitucionales y con protección convencional en juego, así como la procedencia de la acción de amparo. Fundamenta en derecho. Ofrece prueba. Peticiona.

2) A fs. 14 bis se declara la admisibilidad de la acción de amparo dando traslado de la acción conforme lo previsto por el art. 41 y ccs. del CPCC.

3) A fs. 24 se presenta el Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén a fin de tomar intervención en los términos del art. 6 de la ley 1981.



4) Corrido el pertinente traslado de ley a fs. 28/44 se presenta la Dra. ... apoderada del Instituto de Seguridad Social del Neuquén con el patrocinio letrado de la Dra. ... a efectuar el informe conforme lo previsto por el art. 12 y ccs. de la ley 1981 contestando demanda solicitando el rechazo de la acción.

Indica que la actora es afiliada de la obra social y que no se le desconoció jamás la patología que padece, sino que su pedido fue respondido en legal tiempo y forma, mediante los informes profesionales mediante los informes profesionales emitidos luego del exhaustivo control y cuidado previsto en el Subprograma de la Obesidad que no reunía los requisitos esenciales para su otorgamiento.

Explica que el ISSN posee un programa específico en beneficio de sus afiliados para otorgar un tratamiento a la obesidad, dado que es de importante consideración de la obra social que esta patología provoca importantes repercusiones sistémicas, que afectan la calidad de vida de quien la padece.

Indica que para iniciar dicho tratamiento la afiliada debía enrolarse en dicho programa y así recibir la asistencia adecuada conforme su grado de obesidad y que el mentado plan contempla cobertura para cirugías como la que peticionada por la actora mediante normativa específica que regula la materia, en el porcentaje específico establecido por la obra social, conforme Resolución N° 370/2006, que reglamenta el Reconocimiento y Cobertura de la Cirugía Obesidad, para el Programa de Tratamiento de la Obesidad.

Sostiene que el afiliado deberá estar incluido sin excepción, en el Programa General de Tratamiento de Obesidad del ISSN y que de acuerdo a lo manifestado, no existe constancia alguna que certifique que la Sra. ... hubiera realizado los tratamientos previos para ser intervenida quirúrgicamente tal como lo solicita.

Asegura que es importante que el equipo interdisciplinario valore adecuadamente las expectativas que coloca al/la paciente

en la intervención y a su vez evaluar el compromiso del mismo para sostener los cambios de estilo de vida asociados al Bypass, hecho que no se cumplió a la fecha la amparista.

Reitera que no se ha negado cobertura alguna a la actora, sino que se encuentra pendiente la reevaluación en función de que cumpla con los pasos detallados en el plan de Obesidad.

Se expide en relación a la improcedencia de la acción de amparo, ofrece prueba y peticiona rechazo de demanda con constas a la actora.

A fs. 50 se abre la causa a prueba, certificándose su producción a fs. 151 y no quedando pendiente se ponen autos para alegar a fs. 153, haciendo uso de tal derecho la parte actora a fs. 156/157 y la demandada a fs. 158/163.

A fs. 164 se llaman autos para sentencia, para resolver en definitiva.

Y CONSIDERANDO: I) Corresponde señalar en primer lugar, que conforme la ley 1981, tres son las condiciones para que proceda la acción de amparo:

a) violación o amenaza -por acto u omisión de autoridad pública, en forma actual o inminente- de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional;

b) arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo,

c) inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes, sean judiciales o administrativos.

En este marco, deberé analizar si la actitud asumida por el ISSN constituye un acto ilegítimo o arbitrario que motive la interposición de la presente acción.

II) Ahora bien, sabido es que el amparo es "una acción expedita y rápida" que tiene por fin tutelar derechos reconocidos por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, como así

también las Leyes y los Tratados Internacionales. En el caso, el amparista entiende que se afecta el derecho a la salud y a su calidad de vida.

Es menester recordar que el derecho de salud, es un derecho protegido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales que integran la misma (art. 42 de la Carta Magna; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, O.N.U., ratificado por la ley 23.313, de jerarquía superior a las leyes internas, según el art. 22 de la Constitución Nacional), estableciendo que toda persona tiene derecho a la salud, a su preservación y bienestar.

Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) este último señala que los Estados Partes reconocen el derecho a de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (el subrayado me pertenece), y en base a ello el Estado deberá adoptar determinadas medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho.

Así, se ha sostenido que "La contracara del derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a una adecuada atención médica es una obligación "activamente universal" que no consiste en una abstención u omisión, sino en un hacer que existe ante o frente a toda la sociedad. De esta forma, en cada situación debe asignársele a tal derecho el contenido de la prestación posible debida al paciente enfermo" (CFed.de Mar del Plata, 17-6-99, Recalde Roberto c/Dirección de Bienestar de la Armada", LL 1999-E-899).

La Organización Mundial de la Salud ha dado tratamiento a este derecho a la salud, sosteniendo que el mismo obliga a los Estados a generar condiciones en los cuales todos puedan vivir lo más saludablemente posible.

Es por ello, que la doctrina y jurisprudencia han sostenido en forma reiterada que, en caso de duda, la interpretación debe ser extensiva a favor del paciente y del derecho de mayor rango constitucional, que es el derecho a la salud, a la integridad psicofísica y sus derivados, sin que puedan entrar en juego consideraciones económicas o financieras. (Derechos del Paciente, Jorge Mosset Iturraspe-Miguel Piedecabras, Ed. Rubinzal.

La jurisprudencia de nuestra Cámara de Apelaciones local, en voto mayoritario de la Sala I se ha pronunciado -siguiendo un precedente de la misma Sala- en un fallo que me permito transcribir parte del voto del Dr. Pasquarelli:

"Es indiscutible que el derecho a la salud ha de primar sobre cualquier otra consideración de índole económica, y también debe tenerse presente que ese derecho a la salud, que está comprendido dentro del derecho a la vida, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pone en cabeza de la entidad encargada de brindar las prestaciones correspondientes, un deber central y explícito de seguridad, consistente en preservar la indemnidad del afiliado mediante la prestación del servicio de salud con la mayor diligencia o cuidado posible (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, 1980; Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, "Los servicios de medicina prepaga. La extensión contractual y legal de la cobertura", LL 2005-A, pág. 1282)."

Ello determina que la obra social debe no sólo acercar al afiliado, profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino también asegurarle una prestación médica diligente e idónea, de acuerdo con las circunstancias particulares, lo menos reprochable posible (cfr. Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, Sala 1º, 25/6/1999, "Cema c/ Clínica Saint Exilien", fallo N° 101.781)."

"...que las prestaciones pueden y deben estar sujetas a reglamentaciones, de modo de asegurar la equivalencia y la integralidad del servicio para los afiliados, pero tal reglamentación, y sobre todo su aplicación, no puede olvidar que la actividad de la obra social tiende a proteger las garantías constitucionales a la vida, a la salud y a la seguridad e integridad de la persona, por lo que también adquieren un compromiso social con sus usuarios (cfr. Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, Sala 2°, 30/12/2010, "Grisoni c/ CEMIC", JA diario del 11/5/2011, pág. 35)."

"Con ello quiero decir que no cualquier prestación satisface el deber a cargo de la obra social, sino que esta prestación debe ser oportuna, actual y, sobre todo, idónea para la particular circunstancia que atraviesa el afiliado. Señala Paola Urbina (en comentario al fallo de la Cám. Fed. Apel. Salta "P., E.R. c/ Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales", LL diario del 29/6/2010, pág. 5) que para que la prestación sea adecuada a la finalidad asistencial del vínculo entre el afiliado y la obra social, aquella debe ser objetiva (satisfacer el piso mínimo establecido por la Ley N° 23.660), funcional (cumplida de modo razonablemente esperado por el afiliado) y dinámica (oportuna y actual)."

"Es por ello que el Artículo 3° de la Ley N° 23.660 determina que las obras sociales han de destinar sus recursos, en forma prioritaria, a prestaciones de salud, debiendo recordarse que más allá que la obra social provincial haya adherido o no a la normativa nacional citada, sus criterios resultan orientadores para la resolución de situaciones como la de autos (cfr. Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 3°, 13/4/2010, "C., C. c/ Instituto Autárquico Provincial de Obra Social", Lexis N° 70061210)" (voto en minoría en autos "Bollmann Andrea c/ I.S.S.N. s/ Acción De Amparo" (EXP N° 403330/9).

"Asimismo, el derecho a la salud surge de los Artículos 55 y 134 de la Constitución Provincial."

“En el caso, cabe considerar que el Artículo 101 de la Ley N° 611 establece que las prestaciones de salud atenderán a la protección y recuperación de la salud y la rehabilitación y readaptación del afiliado, ello sin hacer mención a si son consecuencia de un factor externo.”

Además, el Artículo 103, que cita el recurrente, contiene entre los beneficios el de asistencia médica integral (inc. a) y el Artículo 104 que, conforme las posibilidades financieras del servicio, se elaborarán planes anuales que tiendan a su cumplimiento integral (cfr. "Magliotto, Alicia Guadalupe c/ I.S.S.N. s/ Acción de Amparo" (EXP N° 468806/12).

III) Trasladando los conceptos al caso de autos, conforme surge de la documental acompañada en autos a fs. 5 vta. en fecha 09/08/2022 el Dr. Ghelfi especialista en cirugía general prescribe la cirugía bariátrica con bypass gástrico.

Adjunta informe mediante el cual da cuenta que la paciente tiene 37 años con obesidad de varios años de evolución de distribución androide acompañada de esteatosis hepática y antecedente de diabetes gestacional en dos embarazos (fs. 6).

Relata que la paciente se había tratado con diversos grupos de trabajo logrando descensos con posterior falta de posibilidad en el mantenimiento del peso.

Dice que ingresó a Unidad Bariátrica Patagónica hacía más de tres años realizando correctamente seguimiento nutricional y psicológico y asistiendo a reuniones a pesar de residir en un sitio lejano a la ciudad. (el subrayado me pertenece).

Describe que al ingresar al programa presentaba un peso de 111 kg, y un IMC de 41.4 y que al comenzar en el grupo se trabajó lo nutricional y lo psicológico, no logrando un descenso de peso marcado con datos actuales de 108 kg. IMC 40.15.

Explica que fue preparada por el equipo interdisciplinaria logrando objetivos en lo nutricional y que se realizó un sostenido proceso de adecuación para cirugía bariátrica y



cumpliendo pautas para la misma se decide realizar la cirugía como parte del tratamiento de su obesidad.

Describe que la cirugía propuesta es de tipo restrictiva y malabsortiva (by pass gástrico) que es lo más conveniente y con mejores beneficios a corto y largo plazo consensuado esto también con la paciente.

Destaca que el seguimiento clínico, nutricional, psicológico y quirúrgico es de fundamental importancia, igual o más que la operación y que justamente la paciente participó de la reunión informativa donde se le brindó toda la información referente a su enfermedad, tratamiento, complicaciones y seguimiento posoperatorio por equipo multidisciplinario.

Concluye que la paciente se encuentra en condiciones para ser abordada quirúrgicamente y que por sus características y luego de consensuar con el equipo multidisciplinario se indica la realización de una cirugía bariátrica.

A fs. 7 vta. 8 se adjuntó asimismo informe psicológico de la paciente donde la especialista indica que "por tratarse de una paciente joven con larga historia de obesidad y fracaso paralelo en búsqueda de un peso saludable con tratamientos convencionales, con descenso de peso poco significativo y presentando dificultades en el mantenimiento que se asocia a historia heredofamiliar de Obesidad" por lo que este Equipo, U.B.P. que la aborda por lo que indica la cirugía bariátrica como la mejor opción terapéutica disponible para tratar la enfermedad ya que la misma se encuentra en condiciones psicoemocionales propicias para afrontar los cambios neurofisiológicos y conductuales que dicho procedimiento conlleva, mejorando de esta manera su estado general y favoreciendo a un descenso más eficaz. (el subrayado me pertenece).

Igualmente consta a fs. 6 vta. 7 informe de la especialista en nutrición que da cuenta que también concluye que la mejor opción terapéutica actual es la cirugía.

Seguidamente en fecha 13/09/2022 el médico remitió correo electrónico a la Casa de la Prevención del ISSN adjuntando los informes analizados precedentemente y requiriendo la cirugía para la amparista.

En fecha 14/9/2022 dicho organismo responde el mail indicando que la afiliada no llevaba un año inscripta en el programa de obesidad y que se podrían recibir solicitudes una vez que el profesional estuviese dado de alta como prestador de prácticas moduladas para obesidad.

Luego, en fecha 30/9/2022 la Directora de Asuntos Legales de la Defensoría del Pueblo solicitó que se autorice la cirugía peticionando que se hiciera lugar por vía de excepción lo cual el ISSN rechazó mediante Disposición 2309/2022.

Así las cosas, la respuesta de fecha 06/10/2022 de la Subdirección de Programas Especiales es que no responde al criterio de cobertura sentado por Resolución 328/21 que exige que la afiliada debía permanecer un año con tratamiento con equipo interdisciplinario (nutricionista-psicóloga-médico-actividad física), consistente en dos módulos "módulo obesidad inicial (primeros 6 meses) y Módulo Obesidad seguimiento (6 meses restantes) y que transcurrido ese año podría acceder al Módulo Prequirúrgico Inicial y Módulo Prequirúrgico seguimiento (12 meses más) de preparación para la cirugía.

Explica que estos cambios fueron incorporados a la cobertura desde el año 2021 fundamentados en que el tratamiento de obesidad requiere intervención centrada principalmente en los cambios de hábitos alimentarios y de actividad física.

Ahora bien, frente a esta postura de la accionada cabe destacar que, además de los informes de sus médicos tratantes que dan cuenta de la necesidad de someter a la amparista a dicha cirugía, en esta instancia judicial se produjeron los informes periciales que se describen a continuación.

Es así que a fs. 111/116 consta informe de nutricionista en la cual la experta indica que se trata de una paciente con

obesidad mórbida con alto riesgo cardiovascular y a través de las distintas técnicas utilizadas: interrogatorio, la anamnesis, la evaluación nutricional y evaluación de hábitos alimentarios la especialista concluye que la actora actualmente en adecuadas condiciones de ser intervenida quirúrgicamente de cirugía bariátrica sin necesidad de comenzar otro módulo del programa de obesidad solicitado por ISSN.

En la misma línea, a fs. 97/100 obra informe pericial psicológico el cual el experto concluye que la actora se encuentra en condiciones psíquicas de comprender el alcance y requerimientos propios del tratamiento en cuestión (cirugía bariátrica).

Finalmente el informe pericial médico, basándose además en los informes que anteceden, el perito concluye que de acuerdo a lo aportado por el interrogatorio, examen físico, certificaciones médica, nutricional y psicológica que debe ser intervenida quirúrgicamente de cirugía bariátrica sin necesidad de cumplir nuevamente los 2 años de tratamiento específico como alega la obra social.

Con todo ello, entiendo que además de la respuesta favorable y coincidente de los médicos tratantes de la amparista y de los resultados de los informes periciales, la exigencia de un determinado tiempo de tratamiento previo torna en el caso arbitraria la conducta desplegada por la demandada en los términos del art. 43 de la CN, en cuanto la denegación o demora de la cobertura de las prestaciones médicas quirúrgicas y de internación requeridas, dado el delicado estado de salud de la afiliada, conspira contra la eficacia del tratamiento indicado por el médico tratante y es causa de sufrimientos para la paciente reclamante.

Nótese que los médicos tratantes de la actora destacan que la paciente se encuentra con seguimiento desde el año 2018 y que concurrió a consultas quincenalmente y asimismo a reuniones

mensuales incluso durante la pandemia, habiendo asistido a consultas virtuales.

En este sentido, entiendo que se trata de una paciente que ha cursado un tratamiento serio constante, asiduo y conciente y a la cual en definitiva la implementación de la Resolución 328/21 del 10/11/2021 perjudica en forma clara al alterar su situación y retrotraer su tratamiento, lo cual redundando en un formalismo innecesario, máxime teniendo en cuenta que se trata de una paciente con obesidad mórbida y riesgo cardiovascular cuya salud y calidad de vida se encuentra gravemente comprometida.

Es así que en este particular contexto, no obstante el sustento legal, el acto se torna arbitrario por cuanto produce, dentro del marco de la ley, efectos contrarios a los previstos, violándose garantías constitucionales.

Debe tenerse presente finalmente que el sistema de Seguridad Social, y las prestaciones derivadas del mismo, deben tender hacia la "integralidad", es decir, velar por el amparo de todas las contingencias que acechan al ser humano, entre las que se encuentran sus problemas relativos a la salud, específicamente mediante el acceso a medidas curativas, de recuperación y de rehabilitación de enfermedades.

Precisamente es el artículo 14 bis de la Constitución Nacional el que establece que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable". Este principio, entonces, es el que debe guiar este decisorio, y sus excepciones deben encontrarse razonablemente justificadas, no sólo en la normativa aplicable, sino también frente al caso en concreto.

De allí que su aplicación al presente implica entender que toda omisión en la cobertura de determinada prestación médica - a la que se encuentra obligada la Obra Social- debe encontrarse razonablemente justificada (Art. 28 CN.), sin que ello torne en ilusorio el derecho consagrado en el artículo 14 bis

transcripto, y como consecuencia, en arbitrario el acto u omisión impugnado.

Por todo lo dicho es que habré de acoger el amparo intentado por la actora.

Las costas se imponen a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Por todo lo dicho, normas legales, doctrina y jurisprudencia citada,

FALLO: I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida por GONZALEZ VANESA contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN, condenando a este último para que dentro del quinto día de quedar firme el presente pronunciamiento, a autorizar la cirugía de by pass gástrico, bajo apercibimiento de astreintes, las que se fijan en la suma de  $\frac{1}{2}$  IUS diarios por cada día de mora a partir del vencimiento del plazo otorgado (art. 804 del Código Civil).

II) Imponer las costas a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

III) Regular los honorarios del Dr. ..., patrocinante de la actora, en la suma de \$... y los de la demandada Dras. ..., en el doble carácter, en la suma de \$... a la Dra. ..., en la suma de \$... y a la Dra. ..., patrocinante en la suma de \$... (arts. 6, 36 y ccs. de la Ley 1.594).

IV) Regúlense los honorarios de los peritos intervinientes: Dr. ..., Lic. ... y Lic. ..., en la suma de \$... para cada uno en mérito a la labor desarrollada y la utilidad prestada a la causa.V) Regístrese y notifíquese electrónicamente.

Dr. Hugo Daniel Ferreyra

Juez

Registrado en el Protocolo de Sentencias del Sistema Dextra y notificado electrónicamente.

Dra. María Mercedes Dedominichi  
Asistente Letrada