



NEUQUÉN, 4 de diciembre del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**LEIVA NATALIA ITATI C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO**" (JNQCIS EXP 100139/2017) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Contra la sentencia por medio de la cual se desestima el amparo, apela la parte actora.

Se agravia en tanto entiende, que la magistrada no ha sopesado que el ISSN no desconoció la prueba documental acompañada por su parte.

Dice que de las mismas se desprende que dio cumplimiento al tratamiento médico previo a la operación y que, del informe efectuado por el CITO, surge la recomendación de llevar a cabo la cirugía de bypass gástrico.

Se refiere luego a los informes periciales y a las impugnaciones deducidas por su parte; en especial se refiere a la asistencia a los controles, indicando que la información brindada es incompleta.

Se queja de que la magistrada no le haya dado entidad al informe efectuado por el CITO.

Por último, se agravia de la imposición de costas. Indica que la existencia del informe del Centro de Tratamiento y la intimación previa con respuesta negativa, determinan que se haya creído con derecho a obtener la cobertura solicitada. En consecuencia, requiere que las costas sean impuestas en el orden causado y apela los honorarios por elevados.



Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 248 y ss.

2. Debo partir por afirmar que la obesidad es una enfermedad y que el Estado y, en este caso, la obra social, tienen el compromiso y la obligación de luchar contra la obesidad en su faz preventiva, de diagnóstico y de tratamiento.

Y, en este sentido, las prestaciones deben ser adecuadas a la finalidad asistencial del vínculo entre el afiliado y la obra social.

Para que así sea considerada, la prestación debe ser **objetiva** (satisfacer el piso mínimo establecido por las leyes y sus respectivas reglamentaciones, sin reservas de ningún tipo y sin pretender un pago extra); **funcional** (cumplida del modo razonablemente esperado por el afiliado) y **dinámica**, esto es oportuna y actual (debe efectivizarse en el momento en que el afiliado la solicita y estar adaptada a la realidad imperante al momento de la prestación del servicio, por lo cual todo avance científico y tecnológico debe ser incorporado). (Ver en este sentido, URBINA, Paola Alejandra "Sobre el derecho a prestaciones médico adecuadas en cuestiones de índole médico asistencial", Publicado en LA LEY 2010-D-216, Cita online: AR/DOC/4867/2010).

Corresponde, entonces, analizar si las prestaciones acordadas por el Instituto demandado son acordes a estos parámetros o si, por el contrario, la autorización para la realización de la cirugía es exigible para cumplimentarlos.

3. La ley 26.396 considera "trastornos alimentarios" a la obesidad, la bulimia, la anorexia nerviosa y las demás enfermedades que la reglamentación determine, relacionadas con inadecuadas formas de ingesta alimenticia (art. 2).



Con ella se crea el Programa Nacional de Prevención y Control de los trastornos alimentarios en el ámbito del Ministerio de Salud (art. 3).

Asimismo establece que el Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación de la ley, coordinará acciones en el ámbito del Consejo Federal de Salud con las demás jurisdicciones a los fines de asegurar la implementación de la norma y dispondrá las medidas necesarias para que en cada una de las jurisdicciones funcione al menos un centro especializado en trastornos alimentarios (art. 4).

En su artículo 15 se consigna que "quedan incorporadas en el PMO, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios según las especificaciones que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación".

Por medio del Decreto Nacional 1415/2008, se crea en el ámbito del Ministerio de Salud la comisión asesora para la redacción de la reglamentación de la ley de trastornos alimentarios.

Ello, debido a la tecnicidad y complejidad de las afecciones involucradas, desde donde, se consigna en los considerandos "resulta necesario que en su reglamentación participen expertos y profesionales en la materia, tanto del sector público como del ámbito privado"

A su turno, la Resolución 742/09 del Ministerio de Salud Pública de la Nación, fija las pautas a seguir para que la cirugía pueda efectuarse y la cobertura que deberá prestar la obra social en esos casos.

En el apartado 4, relativo a los tratamientos quirúrgicos para índice de masa corporal igual o mayor a 40 kg/m<sup>2</sup> establece los criterios de inclusión.

Se indica que podrán acceder al tratamiento quirúrgico quienes tengan entre 21 a 65 años de edad; índice de Masa Corporal mayor de 40/m<sup>2</sup>; más de cinco (5)

años de padecimiento de obesidad no reductible demostrado mediante resumen de Historia Clínica de Centros donde haya sido evaluado en los últimos cinco (5) años; riesgo quirúrgico aceptable, es decir tener controlada las comorbilidades antes de la cirugía según escala ASA (American Society of Anesthesiologists Physical Status Scale); haber intentado otros métodos no quirúrgicos para control de la obesidad bajo supervisión médica por lo menos 24 meses sin éxito, o con éxito inicial; aceptación y deseo del procedimiento con compromiso de los requerimientos del mismo evaluado por el equipo multidisciplinario que valorará las expectativas que coloca el paciente en la intervención ponderando su compromiso para sostener los cambios de estilo de vida asociados al bypass; estabilidad psicológica; comprensión clara del tratamiento y visión positiva del mismo; consentimiento informado. Asimismo, toda la información recabada en los criterios de inclusión debe ser volcada "en un resumen de historia clínica que avale la aptitud para efectuar la cirugía que debe ser firmado y sellado por cirujano, médico con experiencia y capacitación en obesidad, licenciado en nutrición, especialista en salud mental".

**3.1.** Ahora, en este caso, lo que se encuentra en discusión, centralmente, es el cumplimiento del requisito de haber intentado otros métodos no quirúrgicos para control de la obesidad bajo supervisión médica, por lo menos por veinticuatro (24) meses, sin éxito o con éxito inicial, pero volviendo a recuperar el peso perdido.

Y, el eje central, pasa por determinar si los contactos llevados a cabo en ese periodo de tiempo, lo fueron en los términos de la normativa, esto es, a través de contactos de al menos una vez por mes con equipo multidisciplinario durante los dos años previstos en forma ininterrumpida (inciso 5 de la resolución).



4. En el mes de agosto de 2018, el perito médico designado en la causa, evalúa a la actora, presentando su informe en hojas 117 y ss.

El perito interviniente señala que físicamente se encuentra en buen estado general. Luego de su evaluación consigna y lo reitera -frente al pedido de explicaciones- que la actora no se encuentra en condiciones de asumir una conducta responsable frente a su salud. Expone que *"debe cumplir con las pautas, dietas y ejercicios que corresponden al plan y control multidisciplinario... si cumple el plan puede mejorar las condiciones para poder ser operada minimizando los riesgos. El equipo multidisciplinario da las pautas y controles pero es la actora la que debe responsabilizarse de cumplir realmente con el plan y con la adhesión al mismo para tener éxito... no está en condiciones psicofísicas para la cirugía porque no es capaz de cumplir con las pautas del plan nutricional... la cirugía no es la solución a su problema de obesidad sino que es parte de una solución integral y difícil..."*

El perito nutricionista se expide en hojas 154 y ss.

Adjunta planilla de consumos históricos del afiliado del cual surge la realización de consultas en los días 10/04/15, 12/05/15, 21/05/15 26/06/15, 29/07/15, 05/10/15, 3/11/15, 05/02/16, 04/03/16 y 05/06/18.

Al dictaminar y luego de referirse a la enfermedad como compleja, multideterminada y crónica, indica que lo fundamental del tratamiento es introducir la idea de cambio en tres áreas: alimentación, actividad física y el abordaje de las emociones, estrés y su relación con la comida.

Señala que para que las conductas saludables se conviertan en hábitos *"y efectivamente contribuyan al descenso de peso y a la mejoría de otras patologías*



*asociadas, es importante convertir estas tres indicaciones generales en objetivos específicos que debe realizar el paciente.*

*Por todo lo expuesto, es opinión de este perito nutricionista recomendar continuar con el tratamiento multidisciplinar para obesidad mórbida, previo a la autorización de la cirugía, logrando una adherencia a los controles nutricionales y poder abordar determinadas estrategias en materia de educación alimentaria y hábitos saludables. Si bien la actora describe cambios obtenidos durante su proceso de enseñanza aprendizaje hacia hábitos alimentarios más saludables, manifiesta que a veces le cuesta encontrar alternativas en cuanto a su selección y preparación de alimentos. Es aquí donde la educación alimentaria nutricional (EAN) llevada a cabo en cada control mensual, es de vital importancia para facilitar la adopción voluntaria de prácticas y comportamientos alimentarios y de hábitos saludables de manera sostenida, condición necesaria para tener éxito en el procedimiento quirúrgico...”*

Por su parte, conforme las constancias obrantes en hojas 43/44 la actora tomó contacto durante el año 2015 en cuatro oportunidades (febrero, abril, julio y septiembre, en fechas 11/02/15, 15/04/15, 1/07/15, 7/09/15).

Durante el año 2016, también en cuatro oportunidades en los meses de abril, julio, septiembre y diciembre (18/04, 12/07, 02/09, 16/12). En el año 2017, en tres oportunidades: 05/04, 5/05 y 28/06.

Como se advierte, los contactos con el equipo interdisciplinario no se han llevado a cabo en la forma prescripta por la normativa.

**4.1.** Ahora, tal como surge de la normativa aplicable, en especial del decreto 742/9, el tratamiento de



la obesidad, en general de las afecciones involucradas en los trastornos alimentarios, es compleja, y por tal motivo, un juez no podría ordenar la autorización de una intervención quirúrgica, sin apego estricto a lo que se ha reglamentado por quienes tienen aquellos conocimientos específicos.

Y de allí que *"la firmeza en subrayar la falta de cumplimiento al término legal recién expuesto (de dos años de tratamiento previo ininterrumpido) atañe no sólo al control de observancia de las leyes por quien exige de otro una determinada prestación, sino también a la preservación de la salud de la propia solicitante en orden a evitar las contraindicaciones –severas por cierto– de la metodología invasiva de la operación de manga gástrica; si ésta puede ser reemplazada, en el curso del tratamiento en cuestión, por otros métodos que permitan arribar a idéntico objetivo"* (confr. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, sentencia del 10/5/10, "P., E. R. En Representación de Su Hija P., M. B. c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales" • 10/06/2010, Cita Online: AR/JUR/23596/2010).

Los dos peritos intervinientes son contestes en dictaminar que la cirugía requerida no es recomendable en esta instancia, señalando la importancia de los controles periódicos para reforzar la integración de hábitos saludables, que confluirán en el éxito de la cirugía.

5. Es que, sin desconocer el énfasis con que debe tutelarse a la salud, en punto a las prestaciones debidas, este derecho humano básico no se encuentra exento de reglamentación (la que, por lo demás y como se ha señalado, se encuentra dirigida en este caso también a la tutela de la propia peticionante).

Y la razonabilidad de la normativa aplicable, no se encuentra cuestionada en esta causa y tampoco surgen



elementos que señalen su ausencia en la respuesta dada por el Instituto demandado.

Es que los 12 puntos previstos en el decreto reglamentario y, a los cuales se condiciona la cirugía, lucen juiciosos; *"conforman el marco de condiciones que deben completarse a los fines de la operación solicitada por el demandante. De su análisis conjunto es dable colegir que el propósito de tales criterios apunta a obtener la mayor cantidad de elementos indicadores de la situación general del paciente; lo que a la postre funciona como un reaseguro del éxito de la intervención y del cambio positivo y estable en la calidad de vida que a través de ella se procura...Por último, y tal como observara el representante del Ministerio Público a fs. 68 vta. in fine, no se ha demostrado la real concurrencia de una situación de urgencia extrema al punto de justificar una excepción a un régimen legal que es igual para todos los aspirantes a tratamiento quirúrgico por obesidad mórbida, y que brinda seguridad jurídica respecto de las obligaciones a cumplir por parte de las obras sociales y empresas o entidades privadas que presten servicios de medicina prepaga..."* (cfr. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, causa ya citada).

6. Aquí y relacionándolo con el último aspecto abordado en la cita, debo resaltar que no nos encontramos frente a un caso en el que los requisitos de orden formal entren en tensión con la existencia de patologías graves que determinen la necesidad urgente de que la amparista sea intervenida quirúrgicamente.

No se ha acreditado en esta causa que existan razones graves que determinen la imposterabilidad de la operación.

Por el contrario, el perito médico no recomienda la intervención en este estadio y más allá de las consecuencias propias de la obesidad y de las potenciales



comorbilidades asociadas -que, a todo evento, aclaro, no ignoro- no se indica ninguna que, en el momento actual, determine su urgencia o inminencia (de hecho, como se señalara más arriba, el perito indica que la actora está "físicamente en buen estado general", no habiendo sido ello motivo de crítica).

Insisto, entonces, no se ha arrimado prueba que permita concluir de otro modo.

7. A esta altura, debo referirme -para dar acabada respuesta- al informe elaborado por el CITO.

En este orden, es claro que el informe confeccionado por los médicos tratantes no puede prevalecer por sobre lo dictaminado por los peritos designados en esta causa, siendo la prueba pericial determinante en estos casos.

También debo señalar que, tal como lo indica el demandado, tal informe carece de fecha y debo agregar, tampoco se consigna en su cuerpo, la fecha de inicio del tratamiento.

Y, por último, los profesionales tratantes tampoco fueron citados a declarar en la causa, no pudiendo ser sometidos al contrainterrogatorio de la demandada, más allá de que, como señalara más arriba y lo consignara en otras oportunidades, la opinión del médico tratante, por regla, no suple, ni puede sobreponerse al dictamen pericial: "La opinión del médico tratante es el único basamento de la pretensión de la amparista y, sin necesidad de gran desarrollo, es fácil advertir que carece de fuerza convictiva suficiente; por el solo hecho de carecer de la necesaria objetividad, es previsible que si prescribió el tratamiento es porque, a su juicio, es el conducente y asumirá su defensa..." (cfr. mi voto en autos "G.T. C/ I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO" EXP N° 473473/12).



8. En definitiva, en la causa no se ha acreditado que la negativa a autorizar la intervención quirúrgica se presente como una decisión irrazonable.

Antes bien, conforme surge de las pericias llevadas a cabo, el cumplimiento del tratamiento en los términos establecidos por el decreto reglamentario 742/9, se encuentra justificado en la complejidad de la enfermedad y en la necesidad de incorporar, como reaseguro del éxito de la intervención, cambios de hábitos y preservar, de esta manera, la propia salud de la paciente.

Entiendo que la respuesta prestacional dada por el ISSN se presenta como adecuada, en orden a los parámetros dados en el inicio: Más allá de resultar comprensible que la actora tuviera la expectativa de que se le autorizara la intervención, en orden al informe del equipo del CITO, desde el punto de vista de las obligaciones de la prestadora no toda expectativa puede ser protegida, sino aquélla que se adecue a la normativa vigente y a las circunstancias de hecho acreditadas en el caso.

Desde ello, la solución adoptada por la magistrada de grado se presenta como una aplicación razonable del derecho vigente, en orden a las pruebas que se reunieron en la causa.

Disentiré, no obstante, con la decisión en punto a las costas: La materia sometida a decisión, la complejidad de la enfermedad padecida por la amparista y, tal lo indica la recurrente, los términos del informe de los profesionales tratantes, pudieron hacerle creer que contaba con derecho para promover esta acción.

De allí que propondré revocar en este aspecto el decisorio, imponiéndose las costas de ambas instancias en el orden causado. La apelación arancelaria efectuada por la actora deviene abstracta.



**MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la amparista, y en su mérito revocar la imposición de costas dispuesta en la instancia de grado imponiéndolas en el orden causado, y confirmar la sentencia en todo lo demás que ha sido motivo de recurso y agravios.

**2.** Imponer las costas en esta instancia en el orden causado.

**3.** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**