

NEUQUEN, 13 de diciembre del año 2022

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados "**R. C. V. C/ I.S.S.N. S/ INCIDENTE DE ELEVACION**" (JNQFA3 1529/2022) venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Jueces Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la secretaria actuante Lucía **ITURRIETA** y, y de acuerdo al orden de votación sorteado el juez **Ghisini** dijo:

**I.-** Conforme surge de las constancias obrantes en estos actuados, a h. 372/376 y vta., se presenta la Sra. C. V. R., e interpone acción de amparo contra el I.S.S.N., con la finalidad que: (i) se ordene se brinden las prestaciones de pre trasplante y trasplante renal ante sus médicos tratantes hace 22 años, con cobertura integral en virtud del diagnostico del Hospital Italiano de Buenos Aires; (ii) se ordene al I.S.S.N., que se abstenga de exigir o imponer otros profesionales que no sean de su confianza; y que (iii) urge la pronta resolución ya que a la fecha y por demoras de la demandada, perdió dos turnos en el Hospital Italiano para comenzar sus estudios pretrasplante, estando sujeta a hemodiálisis, lo que implica deterioro de su salud a sus 42 años.

Solicita medida cautelar a fin de que se ordene al ISSN, que revoque la autorización de financiamiento que en copia adjunta, indicando comenzar la evaluación pretrasplante en la Clínica CEMICO S.A. de la ciudad de Neuquén y se ordene emita una nueva con la totalidad de las prestaciones en la institución del Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires.

Funda la verosimilitud del derecho en la Constitución y en Tratados Internacionales en los que el Estado es parte y en una serie de antecedentes jurisprudenciales que invoca.

En cuanto al peligro en la demora, afirma que este se verifica ante la decisión irracional del ISSN, que dilata el tiempo

de comienzo de su trasplante y en su salud que progresivamente va desmejorando, habiendo perdido a la fecha dos turnos ante sus médicos tratantes para comenzar con las practicas sumamente necesarias para continuar viviendo. En cuanto a la contracautela, ofrece caución personal.

La resolución de primera instancia del día 22 de noviembre de 2022 (h. 454/455 y vta.), rechazó la medida cautelar peticionada por la actora, sin costas. Y ordenó, al ISSN que en forma inmediata proceda a remover los obstáculos administrativos, estructurales y burocráticos que puedan implicar dilaciones innecesarias en pos de garantizar la cobertura de los estudios pre-transplante que la Sra. R. necesita.

**II.** Esa resolución es apelada por al actora a h. 459/462, -mediante presentación web n° 383621, con cargo del 29/11/2022.

En su memorial de agravios, expone que la resolución recurrida le causa agravios porque rechaza la medida cautelar, con total prescindencia de las constancias obrantes en el proceso.

Aduce, que la resolución se aparta de la historia clínica acompañada, de donde surge la importancia de la prestación requerida, que es necesaria para poder realizar estudios necesarios para concretar un trasplante de riñón.

Menciona, que la magistrada no ha considerado que se trata de un trasplante que debe hacerse de manera urgente, y no ha tenido en cuenta que, si se llegó a este estadio es porque el riñón ya no admite tratamiento alguno y se mantiene con hemodiálisis hasta tanto pueda realizarse el trasplante.

Indica, que el error de la resolución es evidente, pues la prestación que se requiere es urgente. Se trata de un trasplante de riñón y claramente es una intervención que no puede dilatarse, máxime si consideramos que se ingresa en la lista de espera del

INCUCAI y que debe realizarse estudios previos (denominados pre-transplante) para acceder a la intervención quirúrgica.

Afirma, que la resolución no tuvo en cuenta que en la documental acompañada, obra una indicación de evaluación pre-transplante de fecha 14/09/2022, para ingresar a la lista de espera del INCUCAI. En la misma, la Dra. Alejandra Inés Braicovich indica la evolución y sugiere como institución de transplante al Hospital Italiano de Buenos Aires.

Informa que, adjunto un informe del Hospital Italiano de fecha 26/08/2022, suscripto por el nefrólogo Carlos Federico Varela, el cual indica que la actora padece una enfermedad renal crónica con daño en ambos riñones y que se encuentra en plan de inicio de estudios de transplante por no presentar causa clara de la enfermedad de base. Asimismo, acredita que es paciente de ese establecimiento de salud desde hace 20 años.

Refiere, que no hay dudas respecto de su diagnóstico y sobre la imperiosa necesidad de comenzar los estudios pre-transplante. Sostiene, que dichas prestaciones deben ser realizadas en el Hospital Italiano por ser sus médicos tratantes hace 22 años y por no existir en la región un establecimiento que pueda igualar la idoneidad y excelencia de ese hospital

Cuestiona que se le quiera imponer la atención de profesionales locales que no son sus médicos tratantes y que el ISSN, para imposibilitar la cobertura, le hubiere ofrecido el reintegro correspondiente en caso de realizar la prestación en el Hospital Italiano "autoderivación". Ello en función del elevado costo que implican los estudios pre-transplante y su imposibilidad económica de afrontarlo.

Afirma, que el punto gira en torno al derecho del afiliado de elegir el prestador y que la situación de la actora amerita consagrar la posibilidad de que pueda elegir a un prestador

idóneo y con la experiencia necesaria como la del Hospital Italiano para llevar a cabo este tipo de procedimiento.

Advierte, que el derecho a contar con la cobertura de la prestación no ha sido negado por la demandada, quién simplemente antepone un criterio netamente economisista frente a su derecho a la salud y a la vida.

Dice, que el recurso tiene como finalidad la defensa del derecho a su vida y salud, pues si no se admite al medida cautelar peticionada, se verán frustradas sus posibilidades de acceder con premura a un transplante de riñón, poniéndose en una situación delicada y con grave riesgo para su salud y vida.

Pide se revoque la resolución de fecha 22/11/2022 y se haga lugar a la medida cautelar peticionada, para que el ISSN brinde cobertura para la realización de las prácticas de pre-transplante y transplante, con urgencia, por sus médicos tratantes en el Hospital Italiano de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A h. 464/469, - presentación web n° 386346, con cargo del 01/12/2022-, el ISSN contesta los agravios.

En primer lugar, solicita se declare desierto el recurso articulado, por no reunir los requisitos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, contesta los agravios y solicita su rechazo con costas.

**III.a** Liminarmente, con relación al pedido de deserción del recurso, diré que el derecho a obtener la revisión de la decisión jurisdiccional de primera instancia integra la garantía del debido proceso, contemplado por el artículo 25 de la C.A.D., conforme el alcance fijado por la Corte IDH en la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 ("Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párrafos 123-124).

Las disposiciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos deben ser aplicadas de conformidad con el alcance

que le asigna la Corte IDH, obligación que proviene antes que de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Consecuencia de ello es que los artículos 265 y 266 del Código Procesal, deben ser interpretados armónicamente y conforme las pautas de mayor generosidad para el ejercicio de los derechos garantizados a nivel convencional y, en contrapartida, según una mirada más estricta de sus restricciones, según emerge de la ratio de la decisión adoptada en el caso "Atala Riffo" (sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 239, párrafo 284).

Ello es así, por cuanto los alcances de la cláusula federal del artículo 28.2 de la C.A.D.H debe leerse conjuntamente con su artículo 1 e impone la obligación de los estados provinciales de respetar y garantizar el piso mínimo de derechos provenientes del instrumento internacional (cfr., causa "Garrido y Baigorria" sent del 27 de agosto de 1998, Serie C, Nro. 39, párr. 45).

De este modo, si bien la garantía del debido proceso queda inicialmente cubierta con la imposición de la asistencia letrada obligatoria (artículo 56 C.P.C.C), o a través de la intervención de la defensa oficial, no es menos cierto que la interpretación de las presentaciones que fundan los agravios, debe efectuarse propendiendo a eliminar todo atisbo de formalismo que conspire contra la efectiva realización de la garantía, con el solo límite de la ausencia absoluta de inteligibilidad o fundamentación que torne de imposible comprensión los alcances de la petición.

Y es precisamente que al efectuar una interpretación razonable de los términos del recurso, que puede inferirse el sentido que porta la crítica de la parte recurrente. Por todo lo expuesto, en atención a la dimensión constitucional del derecho a obtener una revisión del pronunciamiento de primera instancia enraizado en la garantía del debido proceso, y se le dará tratamiento al recurso

(Artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 27, 58 y 62 de la Constitución Provincial).

**III.b** Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, en primer lugar, cabe destacar que tratándose de una medida cautelar, la resolución que aquí se dicte tendrá solo alcance limitado al otorgamiento o no de la medida, sin perjuicio de lo que oportunamente se resuelva con respecto al fondo del asunto.

Con el alcance señalado en el párrafo anterior, diré que la cuestión traída a conocimiento, se vincula con el derecho a la salud de la señora C. V. R. que goza de jerarquía y protección constitucional, conforme los diversos Tratados Internacionales en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Así, por mencionar algunos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, que el Estado Nacional está obligado a proteger la salud pública (Fallos 31:273), pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva (Fallos: 302:1284; 310:112). Así entendió que en el preámbulo de la Constitución ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud (Fallos: 278:313 y 323:1359).

En lo que respecta a la procedencia de la medida cautelar, corresponde analizar sus requisitos, esto es la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

En cuanto a la primera, se encuentra debidamente acreditada, pues las partes son contestes en reconocer la condición de afiliada de la actora a la obra social ISSN, como así en los padecimientos de salud que desde hace muchos años la aquejan (más de

20 años), y la necesidad imperante que tiene de someterse a un tratamiento pretrasplante, con la finalidad de prepararse para recibir un trasplante de riñón, no esta en discusión. Pero lo que si no están de acuerdo, las partes es a donde se debe realizar el tratamiento.

La Obra Social, expresa que dicho tratamiento puede ser llevado a cabo en la Provincia del Neuquén a través de prestadores que tiene la obra social, mientras que la actora invoca su derecho de elección del galeno y de la institución médica en donde quiere se lleve a cabo el tratamiento pre-transplante y oportunamente la práctica de trasplante de riñón que necesariamente debe efectuarse a los fines de la mejora y preservación de su salud.

Tratándose de un amparo de salud, la verosimilitud del derecho debe ser analizada teniendo en cuenta las constancias adjuntadas (historia clínica), con la finalidad de decidir si corresponde el otorgamiento de la medida cautelar peticionada, como así el alcance que corresponde otorgarle a la misma.

Frente a dos derechos en pugna, corresponde analizar, dentro del marco de la cautelar, y con un alcance limitado, es decir, solo en lo que respecta a la realización del "tratamiento **pre-trasplante**", si ante la elección de la actora, el mismo debe ser o no realizado en la institución (Hospital Italiano) y a través de sus médicos tratantes.. Ello, en función del estado inicial del trámite pues las demás cuestiones deberán ser decididas en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva que resuelva el amparo.

Repárese que la libertad de elección de la actora que viene padeciendo una enfermedad de base que no ha podido determinarse y que afectó el funcionamiento de sus riñones, debe ser tenida muy en cuenta en esta etapa inicial del amparo, en donde necesita realizarse los estudios correspondientes "pre-transplante", los que no pueden ser dilatados. (peligro en la demora).



Ello así, máxime si se tiene en cuenta que, conforme surge de los antecedentes y estudios médicos adjuntados (h. 7, 73, 74, 76, 78/105, 116/118, 155, 168, 212, 213, 230/231, 259/260, 320, 328, 330/331) la Sra. R. hace más de 20 años que se viene atendiendo por su problema renal en el Hospital Italiano, por lo que, en este caso particular, la elección del nosocomio mencionado no responde a una cuestión caprichosa, sino que resulta hasta conveniente que continúe con los tratamientos urgentes y pre-trasplante en el mismo, con la finalidad de poder realizarse en su oportunidad el trasplante de riñón que necesita para mejorar su salud y calidad de vida.

Por lo tanto, reunido los requisitos que hacen a la viabilidad de la medida cautelar: "verosimilitud del derecho y peligro en la demora", con el alcance cautelar señalado (tratamiento pre-trasplante), no resulta irrazonable que, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, se ordene al Instituto de Seguridad Social de Neuquén, que solvente de manera directa y sin dilación alguna, los gastos que se originen con motivo del tratamiento pre-transplante en el Hospital Italiano, de la ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello con la finalidad de no dilatar el inicio de dicho tratamiento (peligro en la demora), y con ello lograr que la actora pueda realizarse el trasplante de riñón en el menor tiempo posible, atento al estado avanzado de su enfermedad.

Ahora bien, en casos como el presente, si bien la amparista tiene derecho a obtener la prestación del nosocomio (Hospital Italiano) que viene tratando su enfermedad desde hace más de 20 años, también corresponde contemplar el derecho de la Obra social ISSN, a fin de que dicha prestación se lleve a cabo sin que implique un detrimento patrimonial para ésta última, que repercuta en las prestaciones de salud que deba brindar a los demás afiliados (principio de igualdad art. 16 CN.).

Pues de lo contrario, si cada afiliado pudiera elegir el médico y la institución tratante por fuera de los prestadores del

ISSN, seguramente ello desfinanciaría el sistema económico en el que se sustenta la Obra Social.

De forma que, como ocurre en el presente caso, cuando hay fundamentos suficientes (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) para ordenar a través del otorgamiento de una medida cautelar, que el ISSN cumpla con la prestación médica (tratamiento pre-trasplante) a través de un nosocomio que no es prestador de la Obra Social, corresponde que el importe que deba abonar por tales prestaciones, reconozca como limite el valor real que la Obra Social debería pagar si dicha prestación se llevara a cabo por sus propios prestadores.

Con ello se equilibra la balanza entre el derecho de elección del afiliado y el mantenimiento del equilibrio económico de la Obra Social, en miras del beneficio de los restantes afiliados de no ser afectados en el cumplimiento de las demás prestaciones médicas que brinda la Obra Social a través de los demás prestadores propios y contratados.

**III.c.** En ese entendimiento y con el alcance mencionado, juzgo que la medida cautelar se ajusta a las circunstancias del caso, por lo que propongo al Acuerdo revocar la resolución de fecha 22 de noviembre de 2022 (h. 454/455 y vta.) y otorgar la medida cautelar y ordenar al ISSN, que solvente de manera directa y sin dilación alguna, el tratamiento "pre-trasplante" que debe realizarse la actora, que se llevara a cabo en el Hospital Italiano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para su cumplimiento, deberán tenerse en cuenta los lineamientos mencionados precedentemente, sobre todo en lo que hace a la cobertura económica que debe brindar la obra social.

Tratándose de una cuestión urgente y que pudo generar dudas razonables en ambas partes, pues el ISSN no negó el tratamiento, pero si que el mismo se realice en el nosocomio solicitado por al actora, en esta oportunidad y sin perjuicio de lo

que se resuelva al momento de sentenciar, las costas deben ser impuestas por su orden.

Tal mi voto.

El juez **Medori** dijo:

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

Por ello, esta **SALA III**

**RESUELVE :**

**1.-** Revocar resolución de h. 454/455 y vta. y en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar solicitada, con el alcance fijado en los Considerandos pertinentes.

**2.-** Imponer las costas de ambas instancias por su orden.  
(art. 69, del CPCC).

**3.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**  
**Dra. Lucía Iturrieta - Secretaria**