



Poder Judicial



B. V., C/ IAPOS S/ RECURSO DE AMPARO

21-02965427-9

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 13ra. Nom.

Nº ROSARIO,

ANTECEDENTES: Los autos caratulados “**B. V, C/ IAPOS S/ RECURSO DE AMPARO**” - CUIJ 21-02965427-9 venidos para dictar sentencia y de los que resulta que:

La actora, por apoderada, inicia en escrito cargo 37/23 acción de amparo contra el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (IAPOS) a fin de que se le ordene autorizar inmediatamente y brindar el 100% de cobertura respecto a las prácticas médicas y quirúrgicas prescriptas a saber, mandibuloplastía feminizante, lifting cervicofacial, rinoplastia secundaria reconstructiva feminizante, frontoplastia, orbitoplastia, tiroplastia, mentoplastia, a fin de garantizar su derecho a la salud integral a través de la protección de su identidad de genero autopercebida.

Indica que es afiliada a IAPOS. Relata que desde que tiene uso de razón, pese a haber nacido con las características físicas masculinas, se reconoce como mujer y define su identidad de género como femenina.

Explica que a los fines de adecuar su imagen física a su identidad autopercebida, fue realizándose operaciones quirúrgicas, tratando de evitar tratamientos hormonales por las consecuencias gravosas que tienen para la salud. Luego de varios años de progresiva transformación, adecuación de su imagen corporal a su identidad autopercebida, se encuentra en condiciones y con la necesidad clara de feminizar su rostro. Hace tiempo que viene asesorándose con su médico - cirujano plástico – tratante el Dr. Lisandro Gianello, el que prescribió las intervenciones necesarias para lograr la feminización que requiere.

Señala que solicitó al IAPOS mediante nota del día 06-09-2022,



Poder Judicial

autorización para realizarse las siguientes intervenciones quirúrgicas: mandibuloplastía feminizante, lifting cervicofacial, rinoplastia secundaria reconstructiva feminizante, frontoplastia, orbitoplastia, tioplastia, mentoplastia. Le indicaron que tenía que acompañar el presupuesto con firma del médico tratante, por lo que el 26-10-2022 presentó por mesa de entradas nuevamente el pedido de autorización acompañando presupuesto firmado por médico tratante, e intimando a que se autoricen las prestaciones en el plazo perentorio e improrrogable de 10 días. A ésta última presentación se le asignó el número de expediente 15303-0285933-04.

Invoca el punto 1, anexo I, del Decreto 903/2015 y el art. 11 de la Ley N° 26.743.

Precisa que al día de la interposición de la acción de amparo, y habiendo transcurrido 3 meses desde el requerimiento inicial, la demandada no otorgó las autorizaciones para la realización de las prestaciones que por ley corresponden. El silencio por parte de IAPOS obliga a recurrir a la vía judicial para que se garantice su derecho. El silencio prolongado como rechazo a la solicitud de autorización de las prestaciones.

Asevera la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

Ofrece prueba. Funda su derecho. Introduce cuestión constitucional.

Mediante escrito cargo n° 947/23 amplía demanda. Expone que la elección del Dr. Lisandro Gianello como médico tratante obedece a la relación de confianza que se generó con él y su equipo médico. La adecuación de la imagen de la amparista a su identidad autopercebida es algo muy complejo que requiere una excelente relación médico paciente. Señala la vasta experiencia del mencionado profesional.

Además de que se autorice a brindar el 100 % de cobertura respecto a las prácticas médicas y quirúrgicas prescriptas por el Dr. Lisandro Gianello, peticiona que se cubran los honorarios del profesional.

Por decreto del 14-02-2023 se tiene por promovida pretensión de amparo



Poder Judicial

contra el IAPOS y se corre traslado a la accionada. Comparece mediante apoderada en escrito cargo 2781/23 y contesta el traslado de la demanda solicitando su rechazo con costas.

Postula la inadmisibilidad de la acción con cita de jurisprudencia, y la inexistencia de vías idóneas, planteando que la actora debe demostrar que no existen otras vías que le permitan la adecuada protección de sus derechos por ser el amparo una vía excepcional. Invoca jurisprudencia.

Niega los términos de la demanda; niega que arbitraria, ilegítima y unilateralmente el IAPOS haya lesionado, restringido o limitado derechos constitucionales al accionante; niega la interpretación de los hechos relatados; niega que IAPOS haya negado la autorización de la cobertura requerida y que haya incumplido con sus obligaciones legales y contractuales.

Afirma que IAPOS no se encuentra comprendido, ni obligado por el sistema nacional de salud establecido por las leyes 23.660 y 23.661. La ley 24.901 o 22.431 o la ley de PMO, no resulta aplicable al IAPOS, ya que al ser una entidad autárquica provincial no la comprenden las normas nacionales.

Enfatiza que es incuestionable el derecho a la vida y a la salud, pero en un marco limitado de recursos económicos, debe encontrarse el delicado equilibrio para que el pleno ejercicio de los derechos de unos no quite o prive el derecho de otros.

Refiere que la obra social debe administrar servicios médicos para sus afiliados con los recursos aprobados anualmente por la Ley de Presupuesto Provincial. No debería obligársela mediante acciones de amparo a asumir la cobertura de una prestación que se otorga por canales ajenos al procedimiento de la obra social.

Manifiesta que es cierto que la actora es afiliada a IAPOS y que solicitó en setiembre de 2019 autorización para realizar “*reasignación quirúrgica de rasgos faciales femeninos*” conforme presupuesto elaborado por los Dres. Juan I. Cerda y Lisandro Gianello, todo ello invocando la Ley 26.743 de Identidad de Género, en razón



Poder Judicial

de su identidad autopercebida. Dicho presupuesto indicaba las cirugías requeridas: “*mandibuloplastía feminizante, lifting cervicofacial, rinoplastía secundaria reoconstructiva feminizante, frontoplastía, orbitoplastía, triroplastía y mentoplastia*”, como así también material ortopédico e incluso instrumental médico (“fresas y fresones, peizoeléctrico, sierras y micromotor”). El presupuesto presentado por la acotora, indica como médicos tratantes a los Dres. Juan I. Cerda y Lisandro Gianello, quienes no se encuentran incluidos entre los prestadores de la obra social para este tipo de prácticas.

Señala que evaluado el pedido de la afiliada por parte de la Auditoría Médica, la misma informa que IAPOS reconoce y autoriza la cobertura de las prácticas incluídas en la Ley 26.743, en este caso en lo referente a la reasignación quirúrgica de rasgos faciales femeninos, debiendo las mismas ser realizadas por médicos prestadores de la obra social. Este tipo de cirugías cuentan con cobertura en el Hospital Italiano de Rosario, siendo llevadas a cabo por profesionales tales como los Dres. Manavella, Chiapero, Obaid y Bando, siendo el instrumental quirúrgico aportado por la institución sanatorial y/o el equipo médico, no debiendo ser provisto en ningún caso por la obra social.

Transcribe informe de la auditoría médica. Asevera que no existe negativa alguna a otorgar cobertura a las prestaciones médicas requeridas por la actora, debiendo ser llevadas a cabo por profesionales prestadores de la obra social y a los valores previamente acordados para dichas prácticas.

Agrega que no surge claramente de la ley 26.743 y su decreto reglamentario la obligación de la obra social de otorgar cobertura a las cirugías de feminización de rostro.

Funda su derecho. Ofrece prueba. Formula reserva.

Mediante cargo n° 2945/23 se expide la Fiscalía Extrapenal.

Luego la amparista manifiesta que, en relación a lo contestado por la demandada sobre la autorización en lo referente a la reasignación quirúrgica de rasgos



Poder Judicial

faciales femeninos, dicha situación no le fue comunicada lo que motivó el inicio de la demanda. Solicita se dicte sentencia haciendo lugar a lo peticionado.

Corrida vista a la fiscalía, la misma contesta por cargo n° 4337/23.

No existiendo escritos sueltos pendientes de agregación, quedan los presentes en estado de resolver.

FUNDAMENTOS: Confirmando el juicio de admisibilidad de la acción de amparo que resulta del decreto de fecha 14-02-2023, advierto que efectivamente la demandada obra con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta respecto a la pretensión de cobertura de las prácticas médicas y quirúrgicas tendientes a la feminización de rostro deducida por la actora, según fundo seguidamente.

En primer término, resulta de la reseña fáctica precedente que la obra social no se expidió en forma cierta, clara y detallada (arg. art. 4 ley 24.240) en la etapa extrajudicial respecto al pedido de cobertura que la actora le formuló. Este silencio, si bien no puede ser considerado como una manifestación de voluntad en sentido positivo o negativo (arg. art. 263 CCCN), constituye un supuesto de conducta omisiva que configura la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requerida para la procedencia del amparo.

Al respecto, destaco que, dada la afiliación de la actora a la obra social demandada, encuentro que estamos ante una relación de consumo, en mérito a la cual la accionante reviste carácter de consumidora (art. 1 ley 24.240 y art. 1092 CCCN) y la obra social de proveedora (art. 2 ley 24.240 y art. 1093 CCCN)¹. Por ende, aun cuando las partes no la hubieran invocado, corresponde la aplicación al caso de la ley 24.240 que, según su art. 65, es de orden público.

Desde esta perspectiva, las obras sociales en general y el IAPOS en particular, en tanto proveedores profesionales de servicios, están obligados a suministrar a sus beneficiarios o afiliados en forma cierta, clara y detallada información sobre todo

¹ Sentencia firme autos “Simon, Eduardo Raul y Otros s/ Daños y Perjuicios” Cuij n° 21-02883079-0, Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 14ta. Nom. Rosario.



Poder Judicial

lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen, y las condiciones de su prestación. Por tanto, ante el pedido de cobertura vehiculizado mediante nota cuya recepción la obra social reconoce, no luce admisible que el supuesto dictamen de auditoría médica que invoca en el responde de la demanda no fuera comunicado formalmente a la actora por el mismo medio o, en su caso, de modo tal que la beneficiaria pudiera conocer fehacientemente la posición de la obra social al respecto.

Dicho esto, en segundo término, no puedo ignorar que en la contestación de demanda el IAPOS expresamente reconoce su obligación de cobertura de la prestación requerida por la actora, pero introduce como argumento que las prácticas médicas y quirúrgicas del caso deben ser ejecutadas “por profesionales prestadores de la Obra Social y a los valores previamente acordados para dichas prácticas”, “a través de los prestadores habilitados en el Hospital Italiano de Rosario (Dr. Manavella Chiapero, Dr. Obaid y/o Dr. Bando)”.

El planteo de esta cuestión exige que el pronunciamiento a dictarse en este proceso considere la cuestión conforme las particulares circunstancias del caso, so pena de incurrir la sentencia en defectos de fundamentación que podrían ocasionar su invalidación². Ello teniendo presente que la articulación recién propuesta en esta instancia no implica una eximente a la hora de calificar la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que hacen a la procedencia del amparo, puesto que, en suma, el IAPOS no otorgó cobertura a prestaciones reconocidas legalmente.

La cobertura de la prestación en cuestión tiene expreso sustento normativo, conforme el IAPOS reconoce. El art. 11 de la ley 26.743 establece que “Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los

2 CSJN, Fallos: 339:290.



Poder Judicial

tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad. Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”.

A su vez, el art. 13 prevé que “Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

Dada la previsión normativa en cita, el IAPOS opone, a la hora de cumplimentar con la cobertura reclamada, que las prácticas médicas y quirúrgicas deben ser ejecutadas por prestadores habilitados previamente por la obra social y conforme valores acordados. La actora denuncia como su médico tratante al Dr. Lisandro Gianello. Infiero, a partir del responde de la demanda, que el IAPOS no tendría convenio con este



Poder Judicial

profesional.

Al respecto, cabe resaltar que el IAPOS, conforme su ley de creación n° 8288 “tiene por objeto organizar y administrar un sistema de atención médica para sus afiliados y efectuar por sí o por intermedio de terceros, prestaciones asistenciales, de conformidad con las disposiciones de esta ley y reglamentaciones que se dicten” (art. 2).

No resulta de dicha ley que el sistema de atención médica del IAPOS sea de carácter cerrado, entendido éste como aquel a través del cual la obra social ofrece una lista por especialidad médica de establecimientos asistenciales y galenos a los que sus afiliados pueden recurrir en caso de ser necesario, por lo que si acuden a otros centros de salud o a otros profesionales la obra social no les responde económicamente³.

No debe perderse de vista que las distintas modalidades que puede adoptar la contratación de prestadores (médicos, sanatorios, etc.), no califica al sistema como abierto o cerrado. En el caso, el IAPOS solo plantea que tiene contrato con ciertos prestadores para brindar las prestaciones que requiere la actora, pero no articula que ello obste a la cobertura pretendida por la actora.

A su vez, tampoco ha opuesto o invocado el IAPOS la existencia de algún tipo de normativa interna que limite el derecho del paciente a elegir a su médico tratante. Si bien se ha indicado que la interpretación del contenido de este derecho del paciente no es sencilla⁴, no advierto que la obra social plantee al respecto ninguna objeción que merezca tratamiento favorable.

Es que, el derecho del paciente a elegir a su médico se entiende como un derecho con jerarquía constitucional, que deriva del art. 42 de la Constitución Nacional en tanto prevé la libertad de elección en las relaciones de consumo⁵. Desde esta perspectiva, considerando como pauta interpretativa el art. 13 de la ley 26.743, no advierto que la normativa interna de la obra social atinente a la contratación de prestadores externos habilite a privar al afiliado del derecho a elegir a su médico.

3 Lorenzetti, Ricardo L., “La empresa médica”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 104.

4 Idem, p. 106.

5 Ibidem, p. 106.



Poder Judicial

Por ende, es claro que la negativa de cobertura constituye un acto que en forma actual lesiona con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías constitucionales (arg. conf. art. 43 CN). En estos términos, el amparo debe prosperar en cuanto reclama la cobertura de las prácticas médicas y quirúrgicas prescriptas por el Dr. Lisandro Gianello conforme presupuestos agregados con el cargo n° 37/23 (fs. 2 y 3), debiendo el IAPOS asumir el pago de los honorarios médicos correspondientes al referido profesional de elección de la actora, por las prácticas demandadas, a saber: mandibuloplastía feminizante, lifting cervicofacial, rinoplastia secundaria reconstructiva feminizante, frontoplastia, orbitoplastia, tiroplastia, mentoplastia.

En cuanto al monto de los honorarios del Dr. Gianello, en tanto no obra prueba que me permita cotejar su relación con la cuantía de los honorarios que el IAPOS tiene convenidos con sus prestadores habilitados, habrá de estarse al monto presupuestado, haciendo operativa en el caso la regla interpretativa que prevé el art. 3 ley 24.240 y los arts. 1094 y 1095 CCCN. En su caso, dejo diferidas para la etapa de ejecución de esta sentencia las articulaciones que las partes pudieran considerar en orden a la fijación en definitiva del monto de los honorarios en cuestión en tanto el presupuesto que tengo ante mi vista luce vencido (arg. conf. art. 1713 CCCN).

En cuanto al establecimiento sanatorial de realización de la cirugía, honorarios y derechos que devengue la cirugía y/o internación, material ortopédico y otros gastos según presupuesto, en tanto la demanda no peticiona que la cobertura se efectúe en el Sanatorio de la Mujer conforme dicho presupuesto establece, encuentro prudente ordenar que la cobertura prestacional se concrete en el establecimiento sanatorial que designe la obra social conforme honorarios y derechos acordados con sus prestadores habilitados, difiriendo a la etapa de ejecución de sentencia las cuestiones que pudieran suscitarse al respecto.

Por lo expuesto, **RESUELVO: 1.-** Hacer lugar a la demanda de amparo ordenando al IAPOS la cobertura total para su afiliada B. V.,



Poder Judicial

de las prácticas: mandibuloplastía feminizante, lifting cervicofacial, rinoplastia secundaria reconstructiva feminizante, frontoplastia, orbitoplastia, tiroplastia, mentoplastia, prescriptas por el Dr. Lisandro Gianello, según lo ordenado en los fundamentos precedentes. 2.- Costas a la demandada vencida (art. 17 ley 10.456).

Insértese y hágase saber.

DR. LUCAS MENOSSI
Secretario Juzgado de 1ª Instancia de
Distrito en lo Civil y Comercial 13ª Nom.
Rosario — Santa Fe

DRA. VERÓNICA GOTLIEB
Jueza Juzgado de 1ª Instancia de
Distrito en lo Civil y Comercial 13ª Nom.
Rosario — Santa Fe