En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., L. M. c/S. M. S.A. s/ACCION DE AMPARO", expte. nro. 66 año 2014,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 227/2013), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 390), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 293/301 vta.? y **SEGUNDA**:

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que contra la sentencia condenatoria de fs. 293/301vta, por la que se hace lugar a la acción de amparo promovido por la accionante ordenándosele a la demandada a brindarle la cobertura médica, detallada en el resolutorio, oportunamente requerida y negada, se alza la vencida a tenor del informe de fs. 305/311, siendo contestado por su oponente a fs. 386/387.

Tras detenido estudio de las presentes actuaciones a la luz de las alegaciones actuales, se advierte que la demandada reitera el contenido argumental esgrimido desde la contestación al requerimiento de cobertura de fs. 59 a fs. 60. Además,

pero sin apartarse de las exigencias de la Res. MS 742/2009, presuntamente incumplidas por la amparista, imputa inconsistente y omisiva valoración probatoria, alude a un trato diferencial respecto de las obligaciones asumidas en razón de no ser una obra social sino una empresa médica prepaga, sin incursionar en el tema y termina cuestionando la imposición de costas.

Veamos, en primer lugar, cabe destacar que no está discutida en el “sub lite” la condición de afiliado del actor a la demandada, la enfermedad que padece –obesidad mórbida-, ni la aplicación a la demandada de las normas en las que el señor juez fundó la resolución apelada.

En cuanto a las características y cuidado que requiere tal padecimiento remito al trabajo “Obesidad, by-pass gástrico y derecho” por Rabinovich-Berkman, Ricardo D., de fecha 6-jul-2006 Cita: MJ-DOC-2948-AR | MJD2948, útil a la comprensión de la solución a adoptar.

Tampoco se cuestiona la vía elegida y se justifica ya que es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental. En este sentido, la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos 321:2823) y ha explicado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos 325:292 y sus citas)”.

Asimismo, el Alto Tribunal ha entendido que “la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud constituye un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él, y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves -está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”. A mayor abundamiento, sostuvo también que “el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en

los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) ente ellos, el art.12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva" (conf. Fallos: 323:1339).

Está en debate, en cambio, la obligación de la accionada de otorgar la cobertura del tratamiento prescripto por el médico tratante a fs. 28.

En atención a los antecedentes de la causa, es oportuno considerar que la Organización Mundial de la Salud define a la obesidad y al sobrepeso como una acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud.

En este contexto, corresponde indicar que el derecho a la vida, incluye el derecho a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica, a los fines de resguardarla y protegerla.

Así, nuestro derecho interno, a través de la Ley 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Salud, con los alcances de un seguro social "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". Su objetivo fundamental es "proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan el mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación (Art.2º).

En casos como el de autos valen los antecedentes en cuanto a los derechos que tiene una afiliado de un servicio de salud a la cobertura de la operación conocida como "by pass gástrico", aquel dado el 13/03/2007, el Defensor del Pueblo de la Nación mediante Resolución Nº 14/07, recomendó al Ministerio de Salud de la Nación que arbitre los medios y los recursos institucionales a su alcance para incorporar al Programa Médico Obligatorio la cobertura de técnicas quirúrgicas para el tratamiento de la obesidad y la obesidad mórbida.

Consecuentemente, el 13/08/08 se sancionó la Ley 26.396 (Reglamentada por Res. 742/09 del Ministerio de Salud) por medio de la cual se declaró de interés

nacional la prevención y control de los trastornos alimentarios, entre los que se encuentra comprendida la obesidad.

Por otra parte, la legislación referida, estableció que quedan incorporadas en el Programa Médico Obligatorio, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios, según las especificaciones que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud) y determinó que la cobertura que deberán brindar todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional incluidas en la Ley 23.660, recipiendarias del fondo de redistribución de la Ley 23.661, las demás obras sociales y organismos que hagan sus veces creadas o regidas por leyes nacionales y empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga conforme a lo establecido en la Ley 24.754 incluirá los tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, quirúrgicos, farmacológicos y todas las prácticas médicas necesarias para la atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades que forman parte del tratamiento integral de la obesidad (ver Art. 16) de la Ley 26.396 y Art. 1 y Anexo I pto. 4 de la Res.742/09).

Entonces, hallándose demandada “S. M. SA”, empresa de medicina prepaga, resulta también de aplicación la Ley 24.754 , vigente a partir de marzo de 1997, normativa que determinó en su único artículo que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones. Máxime cuando quedan despejadas las dudas con la sanción de la ley 26.682 referida a las prestaciones de las empresas de las características de la demandada, la cual en su artículo 7 establece que, tales empresas "...deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico-asistencial, el Programa Médico Obligatorio...".(ver v. gr. CNCiv. y Com., Fed., Sala III, 27/09/2011 –“C. D. E. c/ Medicus S.A. y otro s/ amparo”- Cita: MJ-JU-M-69829-AR | MJJ69829 | MJJ69829).

Queda sin sustento, en consecuencia la velada defensa opuesta en cuanto a su estructura asistencia y probables diferencias en cuanto al régimen aplicable.

En cuanto al resto de las cuestiones alegadas en la recurrente en cuanto al

incumplimiento de las exigencias de la reglamentación señalada para tornar procedente en reclamo tal como fue otorgado.

De modo análogo a lo resuelto en la causa “G. N. C. c/ S. M. S.A. s/ amparo” por la CFed.Apel. Mr del Plata, 09/06/2011, Cita: MJ-JU-M-66775-AR | MJJ66775 | MJJ66775, “...No se observa extralimitación alguna en el pedido de la actora -que pretende la cobertura del bypass gástrico” de conformidad a lo aconsejado a fs. 28 y en cuanto al contenido de la negativa de fs. 60, cabe señalar que ante el requerimiento extrajudicial formulado por el accionante, la demandada no procedió a citarlo para examinarlo y corroborar o no los extremos invocados, sino que se limitó a transcribir los puntos del reglamento que consideraba incumplidos sin proponerle ingresar a un tratamiento integral de la obesidad, que “puede resultar exitoso, sin necesidad de recurrir a la instancia quirúrgica” lo que torna reprochable su actitud y disvaliosa la eximente esgrimida.

El iudex a quo a sabido confrontar toda la prueba y de allí obtener certeza sin caer en el pecado procesal de valorarla de manera fraccionada como pretende la recurrente. Ténganse en cuenta que la declaración testimonial a la que se aferra la quejosa da cuenta de hechos anteriores a la de la opinión del medico que decide a la actora a formular su requerimiento.

Que tomando en consideración los datos no impugnados en cuanto a las penurias de la paciente en pos de un alivio a su mal y las presuntas consecuencias de no acceder al reclamo, todo ello avalado por informes de expertos que la han asistido y el régimen legal comentado al que se le debe sumar el beneficio otorgado por la LDF, aplicable al caso porque la relación que vincula a las partes es de consumo, en su 3º establece que las disposiciones de dicha ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, pero en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Máxime cuando en su art. 65 declara la declara de orden público. Propongo al acuerdo el rechazo de la apelación articulada por la demandada y en consecuencia mantener firme la resolución impugnada en todo cuanto fue motivo de agravios.(ver v. gr. CFed.Apel. de Mar del Plata, 14/05/2012 –“G. I. c/ Salud S.A. s/ amparo”- Cita: MJ-JU-M-73425-AR | MJJ73425 | MJJ73425; CApel.Civ. y Com. Fed., 23/11/2010- “Sottosanti Pedro

Gabriel c/ ACA Salud Coop. De Prestación de Serv. Med. Asist. Ltda. s/ amparo" en http://ar.vlex.com/vid/sottosanti-aca-serv-med-asist-ltda-258139470 y "A. M. S. c/ Amparas S.A. s/ amparo" CApel.Fed. Rosario, Sala B, 29/10/2012, Cita: MJ-JU-M-75906-AR | MJJ75906 | MJJ75906).

Que no existe razón alguna para modificar la condena en costas en razón de los principios que gobiernan la materia, debiendo soportar la recurrente las de esta instancia. Se difiere al momento del acuerdo la regulación de honorarios en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley XIII Nos. 4 y 15. Se tiene presente la reserva del llamado caso federal.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y en consecuencia se mantiene firme la sentencia de fs. 293/301vta. Costas a la recurrente, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo y se tiene presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance de la sentencia, los datos del recurso
y el contenido de los agravios han sido reseñados por el primer votante y a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento del recurso.

En primer lugar es dable señalar que la recurrente ignora, absolutamente, el pertinente encuadre constitucional que el juez de grado ha dado a las cuestiones debatidas.

En efecto, es imposible soslayar, como pretende la demandada, la premisa fundante del razonamiento del juzgador: la cuestión atañe al derecho a la salud y son las normas constitucionales y supranacionales que puntualmente individualiza las que la protegen.

En tal orden de ideas, corresponde reafirmar que el derecho de salud es un derecho que ha sido reconocido en nuestra Constitución Nacional y Pactos Internacionales (artículo 75 inc 22), normas que por su jerarquía constitucional prevalecen sobre cualquier otra norma nacional o local inferior(Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de

derechos Económicos, Sociales y Culturales). Los estados partes y concretamente el Estado argentino, han asumido el compromiso y el deber de garantizar el derecho a la salud y a la vida, preservándolos a través de medidas sanitarias y sociales que garanticen a las personas a un adecuado nivel de salud física y mental y a la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Estas medidas se efectivizan por el accionar directo del Estado y en el control de las obras sociales y entes de medicina prepaga para que cumplan con su función como integrantes del sistema del seguro de salud. La Corte Suprema, en diversos fallos, ha sostenido que si bien la actividad que desarrollan las entidades de medicina prepaga, se caracteriza por ser de tipo mercantil, las mismas a su vez, asumen la actividad de proteger y preservar el derecho a la vida y a la salud, asumiendo compromisos que exceden el mero plano negocial.(del Dictamen del Sr Procurador de la Nación, causa SJ E.34.XXXV.” Etcheverry Roberto c. Omint S.A. y servicios”).

Por supuesto, para la adecuada tutela de ese derecho no alcanza con identificarlo como un derecho constitucional sino que se debe determinar su contenido, tal la tarea hermenéutica. En el caso concreto, lúcidamente el juez de grado ha determinado este contenido sabiendo precisar, al deudor de las prestaciones y, puntualmente, en que consisten las obligaciones positivas y negativas impuestas por el ordenamiento jurídico determinando su alcance, conforme la vinculación jurídica de las partes.

Tal análisis fue efectuado en el marco constitucional y conforme las normas infra constitucionales aplicables (ley 24901 y las pertinentes Resoluciones del Ministerio) que permiten concluir que el accionar de la demandada es ilegítimo y conculca los derechos de la actora.

Los argumentos de la demanda, como precisa el primer votante carecen de entidad para conmover esta resolución sólidamente motivada.

Las razones expuestas determinan mi adhesión fundada a la propuesta del Dr. Alexandre; esto es el rechazo del recurso y la confirmación del fallo en lo que ha sido materia de agravio.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida.

Los honorarios se establecen de conformidad con las pautas generales establecidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala prevista por el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se regulan a favor de las Dras. V. G. B. y N. T. P., en forma conjunta, en el TREINTA POR CIENTO (30%) de los fijados en la instancia de grado y los correspondientes al Dr. I. F. A. en un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los regulados en la anterior instancia.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemi Alonso dijo:

Con base en los argumentos ya expuestos, adhiero a la solución dada por el primer votante.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca, no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 293/301 vta..

2. Costas a la demandada vencida.

3. Regular los honorarios de las Dras. V. G. B. y N. T. P., en forma conjunta, en el TREINTA POR CIENTO (30%) de los fijados en la instancia de grado y los correspondientes al Dr. I. F. A. en un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) regulados en la anterior instancia.

4. Tener presente la reserva del caso federal de fs. 310 vta.

5. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”