

AUTOS: “F. J. H. c/ OBRA SOCIAL OMINT S.A. DE SERVICIOS – Amparo”.-

En la ciudad de Córdoba, a 17 días del mes de abril de 2012, reunidos en Acuerdo de Sala “A” de la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial para dictar sentencia en estos autos caratulados: “F. J. H. c/ OBRA SOCIAL OMINT S.A. DE SERVICIOS - Amparo” (Expte. N° 175/2012), venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la parte demandada en contra de la Resolución N° 46 dictada con fecha 16 de marzo de 2012 por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba, que haciendo lugar a la acción de amparo entablada condenó a OMINT S.A. DE SERVICIOS que provea la cobertura del 100% de la cirugía bariátrica, conforme las condiciones previstas en el presupuesto acompañado, a realizarse en el Sanatorio del Salvador, con costas en el orden causado.

Puestos los autos a resolución de la Sala, los señores Jueces emiten sus votos en el siguiente orden: IGNACIO MARÍA VELEZ FUNES – CARLOS JULIO LASCANO – JOSE VICENTE MUSCARA.-

El señor Juez, doctor IGNACIO MARÍA VELEZ FUNES , dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a estudio del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Resolución N° 46 dictada con fecha 16 de marzo de 2012 por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba y que fuera reseñada precedentemente.-

En su escrito de apelación obrante a fs. 92/99, se queja por entender que con relación a la temporalidad de la acción el Juez incurre en un grave error conceptual, ya que la demanda deviene inadmisibile por aplicación del inciso “e” del art. 2 de la Ley 16.986. Manifiesta que su decisión no es arbitraria ni ilegal, ya que la actora no cumplimenta con todos los requisitos establecidos para la autorización de la realización de la mencionada cirugía. En definitiva, solicita se haga lugar a este recurso y se deje sin efecto la sentencia apelada, rechazando la demanda con costas.

Corrido el traslado de ley, es contestado por la demandada a fs. 100/109 quien solicita su rechazo. A fs. 113 dictaminó el señor Fiscal General, manifestando que nada tiene que observar respecto del control de legalidad que le compete.

II. Previo a resolver, es conveniente puntualizar que el actor con fecha 13 de diciembre de 2011 inicia la presente acción en los términos de la Ley 16.986 cuyo objeto es “el reconocimiento expreso y urgente de la “cobertura integral” de la Cirugía Bariátrica (técnicas de Gastrectomía en manga o by pass gástrico por video laparoscopia) a J. H. F. que se realizará en el SANATORIO DEL SALVADOR de la ciudad de Córdoba” (fs. 3). Señala en su demanda que “cuenta con 30 años, es soltero, de profesión abogado en ejercicio profesional independiente, su peso aproximado es de 150 kg y pese su juventud se le ha diagnosticado: OBESIDAD MORBIDA de más de 15 años de evolución con IMC (índice masa corporal) 45,5; P (peso): 148,8 kg, T (talla): 1.81, estimación DE GRASA:

Mayor al 50% (*valor normal para el sexo masculino hasta 25%*), circunsferencia de cintura 134cm, arrojando como consecuencia un exceso de peso de 66,90 kg. A la fecha actual el paciente presenta co-morbididades asociadas a la obesidad mórbida como: DISNEA DE ESFUERZO, ESTEATOSIS HEPÁTICA, DISLIPEMIA, HIPERURICEMIA, GONARTROSIS; asociado a antecedentes familiares de DBT2, HTA y ENFERMEDAD CORONARIA. El riesgo que implica para la vida este grado de obesidad es paciente “riesgo extremadamente alto” (fs.4).

El representante legal de OMINT S.A. al evacuar el informe previsto por el art. 8 de la Ley de Amparo N° 16.986 manifestó que el actor invoca en fundamento de su demanda las disposiciones de la Resolución n° 742/2009 que es justamente la norma que el actor no cumplimenta y la razón por la que carece del derecho que pretende hacer valer a través de esta acción de amparo. Seguidamente señala los requisitos que debe cumplir el afiliado para acceder a la cirugía pretendida, e indica cuales a su entender se encuentran cumplidos y cuáles no.

III. Así las cosas, corresponde a este Tribunal en primer lugar expedirse sobre la temporaneidad de la acción de amparo, y en luego, en su caso, por su procedencia.

La Ley de Amparo N° 16.986 establece en su art. 2 que “La acción de amparo no será admisible cuando: ... e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”.

En el caso bajo examen, de las constancias acompañadas y lo reconocido por las partes surge que OMINT S.A. denegó lo solicitado al actor con fecha **18 de noviembre de 2011**, no existiendo en autos constancia de notificación al accionante. Así, aun cuando se computara el plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente de la decisión, teniendo en cuenta que no deben computarse los días 28 de noviembre y 8 y 9 de diciembre por tratarse de feriados nacionales, el plazo para interponer la acción vencía con fecha **14 de diciembre de 2011**, y por lo tanto, al haber sido intentada el **13 de diciembre de 2011**, resulta temporánea, debiendo rechazarse el agravio referido a este punto.

IV.- Entrando ahora al tratamiento del recurso de apelación referido a la procedencia de la acción en cuanto entiende el apelante que la decisión de OMINT S.A. no es arbitraria ni ilegal, corresponde en primer lugar analizar la normativa aplicable.

La Ley 26.396 (Trastornos Alimentarios) declaró de interés nacional “ la prevención y control de los trastornos alimentarios, que comprenderá la investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades vinculadas, asistencia integral y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, y las medidas tendientes a evitar su propagación”, entendiendo por trastornos alimentarios, a los efectos de esta ley, a la obesidad, a la bulimia y a la anorexia nerviosa, y a las demás enfermedades que la reglamentación determine, relacionadas con inadecuadas formas de ingesta alimenticia.

Por su parte, la Resolución n° 742/2009 del Ministerio de Salud aprobó e incorporó al Programa Médico Obligatorio prestaciones básicas esenciales para la cobertura

de la obesidad en pacientes, determinándolas en el ANEXO I que en su parte pertinente expresa:

4- TRATAMIENTOS QUIRURGICOS PARA INDICE DE MASA CORPORAL IGUAL O MAYOR A CUARENTA (40) KG/M2

Podrán acceder al tratamiento quirúrgico los pacientes que cumplan los siguientes:

Criterios de inclusión

1. Edad de VEINTIUNO (21) a SESENTA Y CINCO (65) años
2. Índice de Masa Corporal mayor de CUARENTA (40) kg/m2
3. 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.
4. Riesgo quirúrgico aceptable, es decir tener controlada las comorbilidades antes de la cirugía según escala ASA (American Society of Anesthesiologists Physical Status Scale).
5. 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, estableciéndose como tratamiento a contactos de al menos UNA (1) vez por mes con equipo multidisciplinario durante los dos años previos en forma ininterrumpida.
6. 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 y evaluará el compromiso del paciente para sostener los cambios de estilo de vida asociados al by pass.
7. No adicción a drogas ni alcohol evaluado por equipo multidisciplinario.
8. Estabilidad psicológica.
9. Comprensión clara del tratamiento y visión positiva del mismo.
10. Consentimiento informado.
11. Disposición completa para seguir las instrucciones del grupo multidisciplinario tratante.
12. Buena relación médico-paciente.

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 capacitado en cirugía bariátrica.
- médico con experiencia y capacitación en obesidad,
- Licenciado en nutrición y/o médico nutricionista
- Especialista en Salud Mental (Psicólogo y/o médico psiquiatra)

- En el caso de ser un paciente con alguna comorbilidad endocrina o psiquiátrica, el especialista de dichas áreas debe firmar junto al equipo antes citado el pedido de cirugía, confirmando la estabilidad del paciente.

Procedimientos Quirúrgicos con cobertura

Banda gástrica ajustable (BGA)

By-pass gástrico

Contraindicaciones para la Cirugía

- Adicción a drogas o alcoholismo
- Pacientes embarazadas, en lactancia
- Insuficiencias de órganos o sistemas incompatible con el riesgo anestesiológico descrito con anterioridad
- Depresión severa, patología psiquiátrica con comportamiento autodestructivo
- Obesidad secundaria a otra patología ejemplo Sme de Cushing, acromegalia, hipogonadismo, enfermedad hipotalámica
- Riesgo quirúrgico elevado
- No entender o no estar dispuesto a seguir correctamente el tratamiento
- No aceptar firmar el consentimiento escrito de la cirugía.”

De la reglamentación antes transcrita, se desprende claramente que los pacientes con un IMC menor a 40 kg/m² pueden acceder al tratamiento quirúrgico en tanto y en cuanto concurren otros factores (comorbilidades) allí detallados.

V.- Ahora bien, determinada la normativa aplicable, la cuestión se centra en que la demandada invoca como fundamento de su rechazo al pedido de cobertura, que el actor no cumple con todos los requisitos antes transcritos.

Frente a ello, debo analizar la documentación médica arrojada a la causa por la actora y que no ha sido desconocida por la demandada. Así en el informe médico expedido por el Servicio de Tratamiento de la Obesidad de CTOM Bariátrica Córdoba y agregado a fs. 25/29, los distintos profesionales intervinientes expresan:

- “VALORACIÓN CLÍNICA (Dra. Herrero Maia): ...A la fecha actual la paciente presenta co-morbilidades asociadas a la obesidad mórbida como: disnea de esfuerzo, esteatosis hepática, dislipemia, hiperuricemia, gonartrosis; asociado a antecedente fliares de DBT2, HTA y enfermedad coronaria. Dada la imposibilidad del control clínico de su peso, asociado a las co-morbilidades que este ocasiona, ingresa en estudio como candidato a cirugía bariátrica. El riesgo que implica este grado de obesidad es EXTREMADAMENTE ALTO... Se propone en este caso tratamiento quirúrgico, ya que el paciente requiere una importante y pronta reducción de peso, a fin de recuperar su salud y prolongar su vida”.
- “VALORACIÓN NUTRICIONAL (Lic. Mariana Almada): ... Paciente de sexo masculino de 30 años de edad, con IMC de 45.5, un exceso de

peso 66,9 kg. Presenta un porcentaje de masa grasa mayor al 50% (valor normal para el sexo masculino hasta 25%). Diagnóstico de **Obesidad Mórbida**, según clasificación de la Organización Mundial de la Salud...”.

- Luego, a modo de conclusión con fecha 12 de diciembre de 2011, el Jefe de Servicio, doctor Carlos J. Sosa Gallardo, señaló: “Paciente de 30 años, sexo masculino, padece de **obesidad mórbida** (IMC 45.5), según la clasificación actual de la Organización Mundial de la Salud, refiriendo antecedentes de tratamientos clínicos para bajar de peso sin resultado positivo, buscando la opción quirúrgica para contrarrestar su obesidad y mejorar sus comorbilidades. El equipo multidisciplinario evaluó al paciente, realizándole los estudios necesarios, los que sumados a la valoración del cirujano, se determinó la indicación de cirugía bariátrica (Gastrectomía en Manga o By Pass Gástrico). Se llegó a esta conclusión por el fracaso de los tratamientos médicos desde su adolescencia para reducir peso, sumadas las comorbilidades que presenta asociadas a su obesidad mórbida (disnea de esfuerzo, esteatosis hepática, dislipemia, hiperuricemia, gonartrosis, con antecedentes fliares de DBT2, HTA y enfermedad coronaria) a los fines de lograr el descenso de peso que pone en riesgo su salud, mejorar su calidad de vida, prevenir futurar comorbilidades y reducir las ya diagnosticadas”

El diagnóstico médico antes transcripto ha sido totalmente obviado por OMINT S.A. al rechazar en sede administrativa el pedido de cobertura, como tampoco aparece suficientemente rebatido por la apelante en su escrito de expresión de agravios.

Asimismo, el amparista ha adjuntado a su demanda documentación que da cuenta de los distintos tratamientos que ha intentado llevar adelante para el tratamiento de su enfermedad desde el año 2001 en adelante y de una serie de trastornos a su salud que, asociados con su obesidad, ponen en riesgo su vida.

A esta altura de las circunstancias, este Juzgador en modo alguno puede obviar la actitud cuanto menos desaprensiva de la obra social accionada, quien ante el pedido de cobertura de la cirugía bariátrica por parte de su afiliado J.H.F. realizada por evidentes motivos de salud tal como se desprende de los informes que oportunamente acompañó para ello y que constan en esta causa, la ahora accionada se limitó a contestar que “...*Según los informes presentados, Usted no cumple con la documentación requerida por la normativa vigente...*” por lo “...*que no es posible hacer lugar a vuestra solicitud...*” (fs. 24), sin especificar de ninguna manera cuáles eran –en su caso- la documentación, informes o tratamientos médicos faltantes para ello y que impedían a la obra social hacer lugar al pedido de cobertura.-

Por el contrario, habiéndose visto obligado el actor a litigar judicialmente por la circunstancia anteriormente apuntada, pretende la obra social “OMINT S.A.” suplir dicha falencia administrativa tardíamente en esta sede judicial a través del informe del art. 8 de la Ley 16.986 y del escrito de expresión de agravios, lo que en modo alguno se compadece con la función social y pública que también deben brindar las obras sociales ante las enfermedades que padecen sus afiliados, obligándolos a judicializar cuestiones que podrían ser resueltas en sede administrativa.-

En estas condiciones, la conducta de la demandada luce manifiestamente arbitraria ya que –como se apuntó más arriba- se limitó a realizar un enfoque meramente superficial acerca del cumplimiento por parte del afiliado de los criterios de inclusión contenidos en la Resolución N° 742/2009 del Ministerio de Salud, perdiendo de vista todo el cuadro de situación que apuntala la petición de la intervención quirúrgica que le fuera prescripta y de lo que da cuenta toda la prueba documental aportada en autos. Desconoció además la demandada el certificado y el informe médico que adjuntó el actor junto a su pedido formulado en sede administrativa, sin revelar –reitero- una conducta acorde al grado de sensibilidad que este particular y concreto caso de autos ameritaba.-

VI.- Sin perjuicio de lo antes manifestado, este Juzgador tampoco puede desconocer los *criterios de inclusión* contenidos en la Resolución N° 742/2009 del Ministerio de Salud que aprueba e incorpora al Programa Médico Obligatorio las prestaciones básicas esenciales para la cobertura de la obesidad de pacientes –cuya constitucionalidad dicho sea de paso, no ha sido en modo alguno atacada por las partes-, a los fines de que el actor pueda acceder a la cirugía bariátrica pretendida en la presente acción de amparo.-

En este entendimiento, opino que la solución más apropiada y ajustada a derecho para este caso concreto, es ordenar que la obra social “OMINT S.A.” dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente resolución, ponga a disposición del afiliado J.H.F todos los medios necesarios (administrativos y/o tratamientos médicos) tendientes a la cobertura de la obesidad que padece, así como al cumplimiento de las exigencias contenidas en la Resolución 742/2009 del Ministerio de Salud antes citada, a los fines de la realización -en caso de ajustarse la situación del actor a esas exigencias y resultar el tratamiento indicado- de la cirugía bariátrica demandada, debiendo la accionada acreditar periódicamente su cumplimiento dentro de un plazo razonable y atendible ante el Juez de primera instancia en la etapa de ejecución de sentencia, quién ejercerá para ello las facultades y deberes contenidas en los artículos 34 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Una vez cumplidas estas etapas y con los antecedentes médicos a su alcance, eventualmente el señor Juez de primera instancia será quien decidirá en definitiva si corresponde o no la pretensión final demandada en el presente amparo.-

VII.- Las costas de esta Alzada se imponen a la demandada (art. 68 del CPCN) en función de haber obligado a litigar a la actora para el reconocimiento de sus derechos como afiliado a esa obra social, regulándose los honorarios de la letrada interviniente por la

Poder Judicial de la Nación

actora, Cristina Laura Boyallian, en la suma de pesos Un mil (\$ 1.000), no haciéndose lo propio con la representación legal de la accionada por no haberse fijado honorario alguno en la instancia de grado a su favor. ASI VOTO.-

Los señores Jueces, doctores don Carlos Julio Lascano y José Vicente Muscará, dijeron:

Que por análogas razones a las expresadas por el señor Juez preopinante, doctor don Ignacio María Vélez Funes, votaban en idéntico sentido.

Por el resultado del Acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1) Modificar parcialmente la Resolución N° 46 dictada con fecha 16 de marzo de 2012 por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba y en consecuencia, ordenar que la obra social "OMINT S.A." dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente resolución, ponga a disposición del afiliado J.H.F todos los medios necesarios (administrativos y/o tratamientos médicos) tendientes a la cobertura de la obesidad que padece, así como al cumplimiento de las exigencias contenidas en la Resolución 742/2009 del Ministerio de Salud antes citada, a los fines de la realización -en caso de ajustarse la situación del actor a esas exigencias y resultar el tratamiento indicado- de la cirugía bariátrica demandada, debiendo la accionada acreditar periódicamente su cumplimiento dentro de un plazo razonable y atendible ante el Juez de primera instancia en la etapa de ejecución de sentencia, quién ejercerá para ello las facultades y deberes contenidas en los artículos 34 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Una vez cumplidas estas etapas y con los antecedentes médicos a su alcance, eventualmente el señor Juez de primera instancia será quien decidirá en definitiva si corresponde o no la pretensión final demandada en el presente amparo.-

2) Imponer las costas de esta Alzada a la demandada (art. 68 del CPCN) en función de haber obligado a litigar a la actora para el reconocimiento de sus derechos como afiliado a esa obra social (art. 68 del CPCN), regulándose los honorarios de la letrada interviniente por la actora, Cristina Laura Boyallian, en la suma de pesos Un mil (\$ 1.000), no haciéndose lo propio con la representación legal de la accionada por no haberse fijado honorario alguno en la instancia de grado a su favor.-

3) Protocolícese, hágase saber y bajen.

FDO: IGNACIO M. VÉLEZ FUNES- JOSÉ VICENTE MUSCARÁ- CARLOS JULIO LASCANO. EDUARDO AVALOS (SECRETARIO DE CÁMARA).

PROT. 185 A- F° 6/9- SENT. N° 119-2012.