

C. C. y otros CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES OBSBA SOBRE AMPARO”

Número: A38232-2015/0

Ciudad de Buenos Aires, 28 de marzo de 2016.

VISTOS:

Estos autos, para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte demandada a fs. 92/93 vta. —cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 95/100— contra la resolución de fs. 85/89 vta., mediante la cual la Sra. juez de primera instancia resolvió hacer lugar a la acción de amparo. Asimismo, se encuentran apelados los honorarios allí regulados. A fs. 106/108 dictaminó el Sr. Fiscal ante la Cámara.

CONSIDERANDO:

I. Los actores iniciaron la presente acción de amparo con el objeto de que se ordene a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante ObsBA), la provisión del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, así como también toda prestación necesaria hasta lograr llevar a término el embarazo (v. fs. 1/1 vta.). En su relato, manifestaron que se encuentran afiliados a la referida obra social, que se unieron en matrimonio en el año 2012 y que, ante la imposibilidad de concebir, en el año 2014, se los derivó al Servicio de Fertilidad Asistida del CEMIC donde realizaron numerosos estudios evaluatorios (v. fs. 1 vta.). Sostuvieron que una vez constatada la esterilidad primaria del coactor se les prescribió: (a) la realización de la práctica de fecundación asistida de alta complejidad mediante la técnica ICSI y (b) un estudio específico afín a dicho procedimiento (fragmentación de DNA y espermocultivo). Adujeron que al presentar la citada orden médica, la demandada denegó la solicitud —con excepción del espermocultivo— por no encuadrar en la normativa prestacional de la obra social (v. fs. 2/2 vta.). Expresaron que el 28 de abril de 2015 la ObsBA les informó que la Sra. C. excedía la edad exigida por el programa de la obra social y que la ley n°26.862 de fertilización asistida, no resulta aplicable a dicha entidad (v. fs. 2 vta.). Señalaron que formularon distintos reclamos ante la ObsBA, la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y que, pese a ello, el organismo demandado persiste en la negativa.

II. A fs. 85/89 vta., la juez de grado resolvió hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, ordenó a la ObsBA que garantice a los amparistas la cobertura integral de la prestación de fertilidad asistida por técnica ICSI “*así como todo estudio necesario previsto por el art. 8 de la ley 26.862, condicionado a la aptitud médica de los actores, que dependerá de los estudios a los que deban someterlos a tal fin*” (v. fs. 89/89 vta.).

Para así decidir, señaló que mediante el dictado de la ley n°26.862 y su decreto reglamentario n°956/13, el legislador buscó que el acceso a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida sin restricción por cuestiones de edad. Al respecto, sostuvo que “*...el hecho de que la Sra. C. tenga cuarenta y cuatro (44) años de edad, no puede eximir a la demandada de su cumplimiento*” (v. fs. 88).

Por otra parte, la *a quo* sostuvo que el argumento de la demandada —relativo a la inaplicabilidad de la ley n°26.862— resulta improcedente dado que la ObsBA había reconocido haberse adherido al Programa Médico Obligatorio (PMO) y la práctica de los procedimientos requeridos en el marco de esta acción estaban incluidos en el mencionado programa. Destacó que si la demandada reconocía que debía cumplir con el PMO, tenía que hacerlo de manera completa (v. fs. 88 *in fine*). Finalmente, la magistrada de grado señaló que “*la demandada no*

puede escudarse en la falta de aprobación del Directorio para adherir a la modificación al Programa Médico Obligatorio, introducida por la ley 28.682” y sostuvo que “las resoluciones internas de la ObsBA resultan —cuanto menos— desactualizadas (...) la conducta omisiva o de retardo en la implementación de la modificación de la ObsBA no justifica la denegatoria del procedimiento médico de los amparistas” (v. fs. 88 vta.).

III. Esta decisión fue apelada por el GCBA (v. fs. 92/93 vta.). En sus agravios sostuvo que la aplicación del PMO está condicionada a que sus modificaciones sean aprobadas previamente por el directorio de la obra social. Al respecto, sostuvo que las prestaciones establecidas mediante la ley nº26.862 no fueron aprobadas por su directorio. Por otra parte, sostuvo que la ObsBA tiene su propio plan de tratamiento de fertilidad asistida a través de su prestador contratado (Procreate) y que exige que la afiliada no supere los cuarenta (40) años de edad. Sobre este aspecto, sostuvo que el límite de edad “ *no es una reglamentación irrazonable, teniendo en cuenta fundamentos médico-legales que tienen que ver con el riesgo en la salud de la futura madre, aumento en las posibilidades de enfermedades para el niño por nacer...*” (v. fs. 93).

IV. Llegado a este punto, es necesario destacar, que este tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que, para que exista crítica en el sentido exigido por las normas procesales de aplicación —artículo 236 del CCAyT—, se requiere inevitablemente que medie una observación clara y explícita, con entidad tal que importe una refutación de los fundamentos contenidos en el acto jurisdiccional apelado. En efecto, deben señalarse en concreto las partes de la sentencia judicial cuestionada que se consideran equivocadas, y tender a demostrar su ilegalidad, injusticia o arbitrariedad, así como el perjuicio cierto ocasionado al litigante (esta sala, *in re* “Schnidrig, Aldo Raúl c/ GCBA s/ Amparo” EXP 6358/2000 sentencia del 16 de diciembre de 2000; entre otros antecedentes). En relación con su naturaleza jurídica, señalan Fenochietto-Arazi (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, As trea, Bs. As., 1993, tº 1, p. 939, § 1; con cita de Carnelutti, Sistema, III, p. 639) que la expresión de agravios “ *...tiene la trascendencia de una demanda destinada a abrir la segunda instancia, pues sin expresión de agravios el tribunal se halla imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia del acto apelado ...sin ella en nuestra legislación no hay juicio de apelación*”. A su vez, los autores citados agregan que “ *...el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja...*”, añadiendo luego que “[E]l contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución; sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implique el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas” (op. cit., p. 940/1, § 2, “b”).

v. A la luz de lo expuesto, se advierte que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada no constituye una crítica concreta y razonada de la resolución recurrida, sino que traduce un disenso con las conclusiones a las que arribara la magistrada de la anterior instancia, sin efectuar un desarrollo crítico que ponga en evidencia los aspectos del decisorio recurrido que considera equivocados y sus razones. En particular, la juez de grado analizó, por un lado, la normativa aplicable al caso, y sostuvo que el argumento de la demandada —relativo a la inaplicabilidad de la ley nº26.862— resulta improcedente dado que la ObsBA había reconocido haberse adherido al Programa Médico Obligatorio (PMO) y la práctica de los procedimientos requeridos en el marco de esta acción estaban incluidos en el mencionado programa. Asimismo, la magistrada sostuvo que “ *la demandada no puede escudarse en la falta de aprobación del Directorio para adherir a la modificación al Programa Médico Obligatorio, introducida por la ley 28.682” y añadió que “las resoluciones internas de la ObsBA resultan —cuanto menos— desactualizadas (...) la conducta omisiva o de retardo en la implementación de la modificación de la ObsBA no justifica la denegatoria del procedimiento médico de los amparistas” (v. fs. 88 vta.). Sin embargo, la parte demandada no ha expuesto argumento alguno que rebata eficazmente los fundamentos*

desarrollados por la magistrada de primera instancia para acceder a la pretensión de la parte actora con el alcance indicado. Asimismo, se advierte que la apelante se ha limitado a sostener que su accionar se encontraría amparado por una normativa interna de la obra social y a efectuar meras manifestaciones que no revisten otra entidad más que la expresión subjetiva de disconformidad con la solución de primera instancia.

Por su parte, cabe señalar que si el memorial es una remisión o reproducción de los argumentos expuestos en escritos anteriores al fallo recurrido, no constituye en verdad, una expresión de agravios, ya que no efectúa el estudio crítico del fallo. A ello, debe agregarse que “[E]n el escrito de expresión de agravios no basta remitirse a lo expuesto en presentaciones anteriores; tal requisito es de sólida base dado que no resultaría razonable exigir al magistrado fundamentación adecuada en su sentencia y permitir reproducir al apelante, alegaciones anteriores que, precisamente fueron replicadas en el fallo” (CNCiv, Sala C, 10/6/80).

VI. En virtud de las consideraciones expuestas, cabe concluir en que no se encuentran satisfechas las exigencias de fundamentación requeridas para sostener el recurso y, por lo tanto, corresponde declararlo desierto (arts. 236 y 237 del CCAyT), con costas a la demandada (cfr. arts. 28 de la ley 2145 y 62 del CCAyT).

VII. Finalmente, corresponde tratar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la regulación de los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora. En atención a la naturaleza y complejidad del proceso, el resultado obtenido, la etapa procesal cumplida y el mérito de la labor profesional desarrollada —apreciada por su calidad, eficacia y extensión—, por resultar elevados corresponde reducir los honorarios regulados en la instancia de grado a la Dra. María Gabriela Rositto, letrada patrocinante de la parte actora, a la suma de diez mil pesos (.000) (cfr. artículos 17, 29, 46 y concordantes de la ley nº 5134). Por la actuación ante esta alzada regúlense los honorarios de la mencionada letrada en la suma de tres mil pesos (.000) (cfr. artículo 30 y concordantes de la ley Nº 5134). En caso de resultar la beneficiaria responsable inscripta en el impuesto al valor agregado, a las sumas reguladas deberá adicionarse la que resulte de la aplicación de la alícuota de dicho impuesto.

~~VIII. VOTO DE LA JUEZ MARIANA DÍAZ:~~

I. Adhiero al voto de mis colegas en cuanto propician declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el demandado pues, el recurrente, se ha limitado a reeditar idénticas objeciones a las formuladas ante primera instancia, planteos que —tal como surge del punto II precedente— fueron analizados y rechazados en la sentencia impugnada. En efecto, los agravios omiten demostrar por qué resultaría errado el alcance que la *a quo* atribuyó a la adhesión de la ObSBA al PMO y la eventual obligación de brindar las prestaciones allí contempladas. Al respecto, conviene destacar que en el pronunciamiento atacado se condenó al demandado garantizar a los amparistas la cobertura integral de la prestación de fertilización asistida por técnica ICSI así como todo estudio necesario previsto por el artículo 8 de la ley nº26.862, “*condicionado a la aptitud médica de los actores, que dependerá de los estudios a los que deban someterlos a tal fin*” (fs. 89 vta.). La sentencia apelada, luego de rechazar la interpretación normativa propiciada por el demandado, supeditó la vigencia de la condena a la constatación de la aptitud médica de los actores en relación con el tratamiento de fertilidad requerido. Ello implica, según las particularidades de cada caso, establecer “*la pertinencia del tratamiento médico a aplicar (...) como terapia superadora de la infertilidad*” comprometida según criterios médicos, pues la obligación en juego “*no puede leerse como una [destinada] a brindar una determinada prestación médica sin tener en consideración los límites propios de ese tipo de prácticas y las limitaciones que vienen dadas por el margen de decisión que sólo puede caberle a los profesionales de la salud*” (cf. TSJ en “Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. nº6368/08, sentencia del 28 de agosto de 2009, voto del juez Lozano, punto 5, voto de la juez Conde punto 4.1). En tal contexto, los genéricos reproches formulados contra el fallo resistido no logran acreditar que el alcance otorgado a la condena de autos se aparta de lo previsto por la

normativa que deberá aplicarse según los hechos comprobados de la causa.

En mérito a las consideraciones vertidas, y oído el Ministerio Público Fiscal; el tribunal **RESUELVE:**

a) Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, con costas a la demandada (cfr. arts. 28 de la ley 2145 y 62 del CCAyT; b) Reducir los

honorarios regulados en la instancia de grado a la Dra. María Gabriela Rositto, letrada patrocinante de la parte actora, a la suma de diez mil pesos (.000) (cfr. artículos 17, 29, 46 y concordantes de la ley nº5134); c) Por la actuación ante esta alzada regúlense los honorarios de la mencionada letrada en

la suma de tres mil pesos (.000) (cfr. artículo 30 y concordantes de la ley Nº 5134). Regístrese, notifíquese —al Sr. fiscal ante la Cámara en su despacho— y, oportunamente, devuélvase. Mariana DIAZ Jueza de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario Ciudad

Autónoma de Buenos Aires