

Juzgado Nº 21 Secretaría Nº 42

C. C. y otros contra Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires sobre Amparo" A38232-2015/0

Ciudad de Buenos Aires, de noviembre de 2015.

VISTOS:

Vienen los autos mencionados precedentemente, de cuyas actuaciones

RESULTA:

I.- Mediante escrito de fs. 1/10 los Sres. C. C. y M. A. D. T. inician una acción de amparo tendiente a que se ordene judicialmente a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que provea el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad así como toda prestación complementaria hasta lograr llevar a término un embarazo.

Relatan que se encuentran afiliados a la mentada obra social y acreditan dicho extremo. Indican que han contraído matrimonio en el año 2012 y que en el 2014, frente a la imposibilidad de concebir, se los deriva al Servicio de Fertilidad Asistida del CEMIC. En dicho centro se constata la esterilidad primaria del coactor y se prescribe la realización de la práctica de fecundación asistida de alta complejidad – mediante técnica ICSI- y un estudio específico afín a dicho procedimiento (fragmentación de DNA y espermocultivo).

Señalan que presentada la orden médica referida con anterioridad junto con la documentación que la avala, la obra social deniega la solicitud por no encuadrarse a la normativa prestacional.

Aducen que el 28/4/2015 la ObsBA, informó que la afiliada excedía la edad exigida por el programa pertinente y que la ley 26.862, aún no se aplica para la entidad. Manifiestan que han formulado distintos reclamos ante la ObsBA y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que pese a ello, el organismo demandado ha persistido en su postura.

Ofrecen prueba, fundan en derecho su pretensión y peticionan se haga lugar a la acción incoada.

II.- A fs. 75/81 se presenta la representante de la demandada, acompaña documentación y solicita el rechazo del amparo instaurado.

En este sentido, se opone a la vía escogida y pide la reconducción de la acción a la vía ordinaria. En este punto, sostiene que la pretensión de la actora no versa sobre un incumplimiento arbitrario de su mandante sino que gira en torno a la aplicación armónica del plexo normativo en materia de fertilización asistida, tanto a nivel local como nacional.

Subsidiariamente, indica que no puede obligarse a la OSBA a violar sus propias normas y contratos de prestación para satisfacer el tratamiento de fecundación in vitro.

Afirma que en el caso de la pareja accionante, se han denegado tanto el tratamiento a la mujer –por exceder el tope de la edad previsto por el programa de fertilidad (Procrearte)- como el estudio de fragmentación de DNA del coactor por no encuadrar en la normativa prestacional de la obra social.

Indica que la ObsBA no ha adherido al régimen normativo de la ley 23.660 y 23661, por lo que no corresponde la aplicación de la ley 26.862. Ello pues no forma parte del sistema del seguro de salud. Sin perjuicio de ello, aclara que en definitiva, la demandada no ha hecho otra cosa que reglamentar un límite para acceder al tratamiento y que la modificación introducida en el régimen nacional por la ley 26.862 la programa médico obligatorio, aún no cuenta con la aprobación del Directorio de la Obra Social.

III.- En tales condiciones, no resultando conducente producir la prueba solicitada por la actora, teniendo a la vista las actuaciones internas tramitadas ante la ObsBA y en consideración a que el contenido de la medida cautelar coincide con lo peticionado como eje de la acción instaurada, quedan los autos en condiciones de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I.- En primer lugar cabe recordar que la acción de amparo constituye una garantía constitucional otorgada a los particulares para tutelar de manera rápida y eficaz sus derechos y, por lo tanto, su procedencia formal debe ser analizada con criterio amplio, conclusión que se ve corroborada, en el ámbito local, por la disposición contenida en el cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, según el cual el procedimiento del amparo está desprovisto de formalidades que afecten su operatividad (confr. Cámara del fuero, Sala I, *in re*: "Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c/ G.C.B.A. s/ amparo", expte. Nº 899, del 01/06/01).

De ser ello así, no correspondería rechazar la acción con fundamento en la improcedencia de la vía del amparo para el tratamiento de la cuestión en examen, dado que se ha alegado la existencia de una actuación (u omisión) manifiestamente ilegítima por parte de la Obra Social que lesionaría derechos constitucionalmente reconocidos a los actores.

Tal como lo ha sostenido la Sala I del Fuero, debe tenerse presente que la rápida respuesta jurisdiccional a la violación o amenaza de un derecho hace a la esencia del amparo. De allí que como lo ha declarado la CSJN (Fallos 306:1253; 307:747) la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, o de amplio debate y prueba (confr. CCAyT, "De Lorenzi c/ GCABA s/ Amparo", sent. del 16/5/02).

Sin embargo, no puede calificarse al amparo como una acción excepcional. Por el contrario, toda vez que ésta constituye una garantía constitucional para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías establecidas para protegerlos, la procedencia debe ser analizada con criterio razonablemente amplio, resultando admisible siempre que el acto u omisión impugnada reúnan las condiciones y efectos que prevén los textos constitucionales (Cont.Adm. y Trib. Ciudad de Bs. As., sala 1, 11/3/02 – Di Stefano, Alfredo c/ GCBA).

Según lo ha puesto de relieve la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "... siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo (CSJN, Fallos 241:291; 280:228).

De este modo y teniendo en cuenta que en el caso, los actores han cuestionado la supuesta omisión de la ObSBA de cubrir el tratamiento de fertilización asistida solicitado, -proceder que consideran palmariamente arbitrario e ilegítimo-, y que ello incide directamente en el derecho a la salud integral de los actores (art. 20 de CCABA y tratados internacionales con jerarquía constitucional), el cauce procesal escogido resulta procedente (conf. sala I de la Cámara CAyT, disidencia del Dr. Carlos Balbín, *in re* "Cesar Gladys Noemi y otros contra ObSBA", Expte. 29822/0, sentencia del 05/4/2010).

Máxime teniendo en consideración que la eventual duración de un proceso ordinario podría tornar ilusorio el efectivo acceso al tratamiento pretendido, vulnerando los derechos a la dignidad, libertad e igualdad de la persona humana (confr. considerandos del decreto 956/13).

II.- Asentado lo anterior, es menester destacar que se entiende por salud "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades*" (Organización Panamericana de la Salud: Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En "Documentos Básicos", Documento Oficial nº 240, Washington, 1991, Pág. 23).

Desde el punto de vista normativo, el derecho a la salud está reconocido en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) entre 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 solo a la salud individual sino también a la salud colectiva (conf. Fallos: 323:1339).

En forma concordante la Constitución de la Ciudad de Aires en su artículo 20, garantiza el derecho a la salud integral.

Resulta claro, entonces, que la evolución del derecho nacional e internacional obligan a redefinir el contenido del derecho a la salud, para no tornar obsoleta la letra de la ley. No se trata exclusivamente de la asistencia sanitaria frente a la enfermedad sino que se extiende a la adopción de medidas positivas que favorezcan un mayor bienestar y calidad de vida de los ciudadanos (conf. Hooft, Pedro Federico "Derechos individuales vs. derechos colectivos en salud: ética y justicia", publicado en revista La Ley del 22/4/2004, pag. 1).

En efecto, tal como lo sostuvo la Dra. Kemelmajer de Carlucci con gran claridad, "*...el derecho a la salud no es un derecho abstracto, teórico, sino que exige el análisis directo de qué problemas emergen de la realidad social para individualizarlos y subsumirlos en la preceptiva. Dicho de otro modo, las garantías constitucionales exigen una nueva lectura para que no se conviertan en un mero formulismo...*" (Suprema Corte de Mendoza, voto recaído en los autos "Fundación Cardiovascular de Mendoza y otro c/ Asociación de Clínicas y Sanatorios de la provincia de Mendoza y otros", del 1/3/93, revista La Ley 1993-E-37).

Puntualmente, en lo que concierne al *sub examine*, cabe señalar que el derecho a la salud es muy amplio y comprende un sinnúmero de otros derechos relacionados, tales como el derecho a la salud reproductiva, entendido como un estado general de bienestar físico, mental y social, pues la frustración que puede traer aparejada la búsqueda insatisfecha de la progenie es pasible de afectar el aspecto psicofísico del individuo" (del voto en disidencia del Dr. Guarinoni *in re* "Frega, María Alejandra y otro c. O.S.P.A.C.A. y otro s/ sumarísimo" de fecha 14/08/2012 – Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, LL 06/12/2012, 5, LL2012-F, 600, DJ13/12/2013, 58 Cita online: AR/JUR/ 51253/20121).

Así las cosas, entiendo que la noción de derecho a la salud integral recepta aquellas cuestiones relativas a la práctica de los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, con fundamento principal en las disposiciones de la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Vale acotar en este punto que tal como surge de los considerandos de este último, la ley 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud.

A mayor abundamiento, el art. 21 inc. 4 de la CCABA establece como lineamiento general el poner a disposición de los habitantes de la Ciudad los métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos.

III.- Ahora bien, despejado lo atinente al derecho a la salud integral y como consecuencia de ello, al goce de aquellas garantías que permitan ejercerlo plenamente –como lo es el acceso a los tratamientos de reproducción médicamente asistida-, cabe analizar la cuestión debatida en autos.

En el caso, resulta insoslayable, el hecho de que el legislador con la sanción de la ley 26.862 ha querido hacer extensivo el acceso "a toda persona mayor de edad sin que pueda introducirse requisitos o limitaciones que impliquen discriminación (...)" cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho (confr. considerandos y art. 1° del decreto 956/13 reglamentario de la mentada norma).

Es decir, las disposiciones contenidas en las mencionadas normas no restringen el acceso a los procedimientos por cuestiones etarias. Es por ello que el hecho de que la Sra. C. tenga 44 años, no puede eximir a la demandada de su cumplimiento (v. fs. 73/74).

Por otro lado y tal como fuera expuesto con anterioridad, el argumento vertido en torno a la inaplicación de la ley 26.862, resulta a todas luces improcedente, a poco que se repare que la propia demandada ha reconocido que ha adherido al Programa Médico Obligatorio (PMO) y que tal como prevé el art. 8 de la mentada ley, la práctica de los procedimientos requeridos en el marco de la presente acción, están incluidos en mencionado programa.

Por ende, si reconoce que debe cumplir con el PMO debe hacerlo en forma completa. Consecuentemente, el rechazo a la solicitud de los estudios de fragmentación de DNA y espermocultivo solicitados por el coactor D. T. tampoco se encuentra debidamente fundado (v. fs. 47).

Refuerza dicho extremo, la circunstancia de que el art. 10° de la mentada ley 26862 otorga en forma expresa carácter de orden público a las disposiciones allí contenidas, por lo apartarse de aquella

automáticamente la hace incurrir en un acto ilegal e infundado. Esta circunstancia implica 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. Nótese en este sentido que las resoluciones internas de la ObsBA resultan – cuanto menos- desactualizadas –pues la ley y su reglamentación datan de los meses de junio y julio del 2013-. Por ello, la conducta omisiva o de retardo en la implementación de la modificación de la ObsBA no justifica la denegatoria del procedimiento médico a los amparistas. Admitir lo contrario, importaría dar la posibilidad al mentado directorio para que con su simple omisión evite dar cumplimiento a mandatos legales. En efecto, el art. 10 de la CCABA establece que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.

Finalmente, vale acotar que si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga es de índole comercial, también adquiere un compromiso social con sus usuarios, pues en sus objetivos está implícito el deber de proteger las garantías constitucionales a la vida, la salud e integridad de las personas (Majlar, Daniel "Responsabilidad del Estado en materia de derecho a la salud según la CSJN", JA Suplemento 2005-II, del 29/6/05, pag. 23). Lo expuesto cobra mayor relevancia aún si se tiene en cuenta que la demandada -lejos de ser una empresa- es una obra social caracterizada como una persona pública estatal (conf. doc. Sala I in re "Anijdar, José Jaime c/ OSCBA s/ Amparo", EXP 7888 y Sala II in re "Moyano, María del Carmen c/ OSCBA s/ Amparo", EXP 7894) y que la ley nacional 26862 ha reconocido el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida.

IV.- Para concluir, es necesario destacar que en esta materia se ha determinado un número máximo de tratamientos anuales con técnicas de reproducción médica asistida. En lo que atañe a la Sra. C., toda vez que se encuentra acreditado que requiere un procedimiento de alta complejidad, esta limitación resulta ser de tres tratamientos con intervalos de tres meses entre cada uno de ellos (conf. art. 8 del decreto 956/13).

Ello es así, por cuanto [e]l derecho a la salud reproductiva, que forma parte del derecho fundamental a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida, no es absoluto sino que debe ser ejercido conforme a las reglas que reglamenten su ejercicio, en el caso, la ley 26.862 y el decreto 956/13. (conf. CSJN, "L., E. H. y otro c. O.S.E.P. s/ amparo" sentencia del • 01/09/2015 Publicado en: LA LEY 17/09/2015 , 9 • LA LEY 2015-E , 216 LA LEY 29/09/2015.

Debe entenderse que este límite obedece también a la preservación de la salud de la atora, por lo cual debe ser respetado.

Por lo expuesto, entiendo configurada la situación de arbitrariedad manifiesta que torna procedente la acción impetrada.

Por ello, FALLO: 1º) Hacer lugar a la acción de amparo incoada. En consecuencia, se ordena a la ObsBA que garantice a los amparistas la cobertura integral de la prestación de fertilización 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.

2) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 62 CCAyT), en tanto el principio de gratuidad de la acción de amparo -art. 14 CABA- rige sólo respecto de la accionante (conf. Morello, Augusto y Vallefín, Carlos "El amparo en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", ED 18/12/96).

3º) Regular teniendo en cuenta la naturaleza, calidad, eficacia y extensión de la labor profesional desarrollada en autos, los honorarios de la dirección letrada de la parte actora en la suma de pesos veinte mil ochenta (\$ 20.080). Ello de conformidad a lo dispuesto por los art. 1, 3 y 51 de la ley 5132 y Res. Pres. CMCABA N°234/15. Por tratarse de una deuda de contenido alimentario cuyo monto no excede el tope previsto en el art. 395 del CCAyT local, fíjese para su pago el plazo de diez (10) días (conf. Art. 56 de la citada norma).

4º) Regístrese y notifíquese por Secretaría. Oportunamente, archívese.