

“Ñ. T. C y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte. n° 6368/08), sentencia del 26 de agosto de 2009

Objeto: acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) a fin de que se le ordene otorgar cobertura económica al 100% a los actores de la prestación de fertilización in Vitro (FIV) por técnica ICSI que deberá efectuarse en la institución PROCREARTE S.A. con su médico Dr. Enrique Salama, donde y con quién se han realizado los estudios previos necesarios, cobertura que deberá extenderse a todo el tratamiento completo y lo que requieran los actores hasta producirse el embarazo atento las características de la fertilización asistida.

OBSBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, parcialmente concedido por la Cámara.

Sentencia recurrida: la sentencia de la Cámara que confirmó la de primera instancia. Esta última había hecho lugar al amparo condenando a OBSBA a brindar a los actores la cobertura económica del tratamiento de fertilización in vitro por técnica ICBI en la institución que aquellos elijan realizarlo, hasta un máximo de cinco tratamientos, a menos que el profesional a cargo del tratamiento aconsejara uno número menor. En canto a la prestación que debía proveer la OBSBA, estableció el monto de \$10.300 por cada tratamiento, obtenido a partir del promedio de los presupuestos informados por cinco entidades.

Agravios de OBSBA:

- 1) El amparo no es la vía procesal adecuada para tramitar la causa. No se ha configurado una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta capaz de habilitar la vía de amparo (art. 14 de la CCABA y 43 de la CN).
- 2) La sentencia le impone brindar una prestación a la que no se encuentra obligada, toda vez que no forma parte del Plan Médico Obligatorio (PMO, establecido en las leyes nacionales n° 23.660 y 23.661 y concordantes), lo que a su vez implica violación de los arts. 16, 17, 18, 31, 33, 43 y 116 CN y los arts. 1, 10, 11, 12 inc. 5, 13 inc. 3 y 14 de la Constitución de la CABA.
- 3) La sentencia es arbitraria. No se puede saber cuál es el método más efectivo para tratar la infertilidad en el caso, dado que no se produjo la prueba pericial ofrecida por la demandada.

El TSJ por mayoría –integrada por los jueces Conde, Lozano y Maier– resolvió:

- 1) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad
- 2) Revocar las sentencias de fs. 304/311 vuelta y fs. 252/265 vuelta, con excepción del punto 2 el dispositivo del fallo de primera instancia en cuanto concedió la medida cautelar solicitada por los actores.
- 3) Devolver los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite de la demanda interpuesta por los Sres. N.T.C. y Ñ.N por la vía ordinaria del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 4) Imponer las costas de todo el proceso por su orden.

Fundamentos de la mayoría:

1) Los jueces Conde y Maier entendieron que el amparo no era la vía idónea para tramitar este juicio por cuanto, al no encontrarse el tratamiento incluido en el PMO, el accionar de la OBSBA no podía reputarse manifiestamente arbitrario. El juez Lozano consideró que, si bien el amparo era el cauce idóneo para decidir acerca de las pretensiones en cuestión (por el tipo de derechos

debatidos como la necesidad de darles una pronta respuesta), el modo en que había tramitado el proceso había restringido indebidamente la defensa del demandado. Esto último también fue sostenido por los jueces Maier y Conde. En particular, sostuvieron que se vio afectado el derecho de defensa porque se le denegó a la demandada la producción de la prueba pericial tendente a corroborar el diagnóstico del impedimento para procrear de los actores, así como también la viabilidad del tratamiento requerido y otros alternativos. Sostuvieron que esos medios probatorios –prima facie conducentes– le fueron denegados sin una explicación bastante y las sentencias de primera y segunda instancia fueron dictadas sobre la base de los certificados médicos acompañados por los actores y un informe de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Sostuvieron que se vio afectado el principio de igualdad en tanto no se había escuchado una opinión que no fuera la de las entidades propuestas por la parte accionante o vinculadas con la procedencia del reclamo, ignorándose las objeciones y pedidos de prueba de la parte demandada.

2) Los tres jueces que conformaron la mayoría coincidieron en que el fallo era arbitrario por falta de fundamentación. Relataron que la Cámara sostuvo que la infertilidad tenía impacto en la salud y que ésta estaba protegida por los arts. 20, primer párrafo de la CCBA, —“[s]e garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”— y 21 CCBA— “[p]romueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”—. Luego, continuaron relatando que con sustento en esas normas la Cámara entendió que la asistencia de los derechos reproductivos no podía limitarse al universo de personas aptas para la reproducción, salvo a fuerza de reconocer que la condición de infértil no es una enfermedad. Continuaron relatando que la Cámara reconoció que “la prestación médica solicitada por los actores no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio...” y que “...[l]as leyes 23.660 (Obras sociales), 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) y 24.754 (medicina prepaga) guardan silencio sobre el tema, y no se han alegado otras normativas vigentes en el orden local o nacional”. Finalmente relataron que la Cámara agregó que “[n]o obstante, la ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para admisión de la acción planteada”.

Luego los jueces del TSJ establecieron que el fallo apelado brindaba elementos incompletos a los fines de hacer pesar sobre la obra social demandada la obligación en cuyo reconocimiento apoyaba la condena. El juez Lozano dijo: “En tal sentido, por ejemplo restaría explicar, sin que pueda anticiparse una respuesta al respecto, cómo los tratados internacionales y las cláusulas constitucionales citadas destinadas a imponer una determinada obligación a un Estado (local o nacional) , cualquiera sea el alcance de los derechos que reconocen podría extenderse a un particular, o a un grupo de ellos, por ejemplo, en este caso, los nucleados por imperio de la ley en derredor de una obra social. En este aspecto, habría que despejar cuál es la fuente que origina las obligaciones ahora discutidas en cabeza de las obras sociales así como su alcance. Cabría analizar, por ejemplo, cómo repercuten en ese ámbito las disposiciones de la Ley Básica de Salud (n° 153) y la de Salud Reproductiva (n° 418), o qué consecuencias corresponde atribuir a la existencia del aporte que el presupuesto de la CABA puede asignar a la ObSBA (art. 15, inc. d, ley n° 472).

Los jueces Conde y Lozano sostuvieron que los jueces de mérito deberían subsanar la cuestión atinente a la debida integración de la Litis, en tanto la demandada había solicitado la citación como tercero interesado al Gobierno Nacional y al GCBA.

Votos minoría

La jueza Ruiz sostuvo que el recurso de inconstitucionalidad debía ser rechazado porque el recurrente no había logrado poner en crisis la sentencia dictada por la Cámara ni introducir una cuestión constitucional. Respecto del agravio relativo a la vía procesal, sostuvo que el recurrente había tenido oportunidad adecuada de defenderse, de alegar e intervenir sin restricciones y que la cuestión a resolver se había podido dirimir con las constancias obrantes en el expediente. Sostuvo que la caracterización del amparo como vía excepcional o recurso extremo, inusual o extraordinario no era compatible ni con los preceptos de la Constitución de la CABA ni con el indudable marco tuitivo de los derechos fundamentales que definía el derecho convencional internacional.

En cuanto al fondo de la cuestión, sostuvo que la Cámara había construido una argumentación que establecía que la prestación requerida se encontraba dentro de la órbita del derecho a la salud que debía garantizar la demandada en razón de las normas de la Constitución local, Nacional y los tratados internacionales que invocaba, aun cuando no estaba prevista en el PMO. Luego sostuvo que la sala había subordinado el marco de actuación de la demandada a los mandatos constitucionales y que el recurrente fracasaba en su intento de poner en crisis esos fundamentos toda vez que no lograba demostrar que estaban afectados a su respecto principios constitucionales.

El juez Casás sostuvo que era opinable la calificación de la conducta de la OBSBA como arbitraria pero que, por las particularidades de la causa, no resultaba plausible resolver la inadmisibilidad de la acción por no resultar una vía procesal idónea a la juez del principio de la tutela judicial efectiva. Sostuvo, al igual que la jueza Ruiz, que la demandada había tenido oportunidad de defenderse, ofrecer y producir prueba.

Luego, sostuvo que la OBSBA no había logrado poner en crisis la sentencia recurrida porque no se había hecho cargo de rebatir fundadamente el criterio sostenido por los jueces de la causa, construido a partir de la interpretación de diversas normas constitucionales que se refieren a la protección integral de la familia y al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estableciendo una correlativa responsabilidad en cabeza de la demandada como parte integrante del sistema sanitario.

Asimismo, tanto los jueces Ruiz como Casás consideraron que la OBSBA no había probado el desbalance económico alegado.